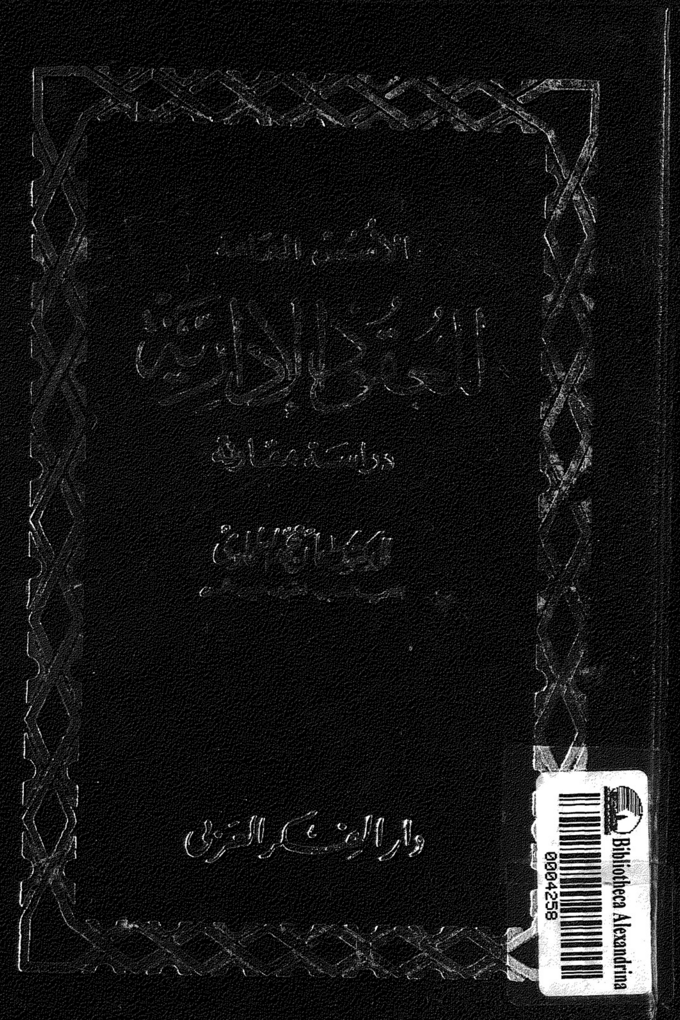

دراسة مقارنة
دار الفكر العربي

الدكتور سليمان محمد الطماوى
العميد السابق لحقوق عين شمس

الأسس العامة



دراسة مقارنة

الطبعة الخامسة

١٩٩١

مطبعة جامعة عين شمس

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الخامسة

١ ـ صدرت الطبعة الرابعة من هذا المؤلف في مارس سنة ١٩٨٤ ، في أعقاب صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات العامة ، والذى صدرت لائحته التنفيذية بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ . ولقد جاء القانون الجديد ، أكثر تفصيلا من القانون القديم اذ اشتمل على أربعين مادة ، في حين أن القانون الملغى كان بالغ الاختصار ، اذ بلغت مواده ١٦ مادة ، كما أن القانون الجديد قد صدر بعد مرور ما يقرب من الثمانية والعشرين عاما على صدور القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ، وقد حفلت هذه الأعوام بكثير من التجارب والتغييرات ، والتى لابد وأن تترك بصماتها على هذا القانون الحيوى .

٢ ـ وقد أجملت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ أهم الأحكام المستحدثة فيما يلى :

أولا ـ امتداد نطاق سريان أحكام القانون الجديد الى جميع الوزارات والمصالح ووحدات الحكم المحلى (الادارة المحلية) وكذلك الهيئات العامة ، في حين كان القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ يقتصر على الوزارات والمصالح العامة فقط .

ثانيا ـ جعل المشرع المناقصة العامة ، الطريق الأصلى للتعاقد ، وسمح للادارة أن تلجأ بجوارها الى احدى طرق أربعة وهى : المناقصة المحدودة ، والمناقصة المحلية ، والممارسة ، والاتفاق المباشر ، وذكر المشرع الضوابط التى تحكم اختيار كل طريقة من تلك الطرق ، وحدد خصائص كل منها .

ثالثا — حين قدر المشرع الحدود المالية كضابط للتعاقد ، فقد راعى رفع هذه الحدود المالية بما يتمشى مع القوة الشرائية للنقود فى الوقت الحاضر ولفترة مستقبلة ·

رابعا — ألزم المشرع جهات الادارة بأن يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية للأنشطة المقررة ، وفى حدود الاعتمادات المالية المتاحة ، وذلك للقضاء على ظاهرة شراء أصناف لا تكون الادارة بحاجة اليها ·

خامسا — ورد الحكم فى صلب القانون ، على أن يكون التعاقد على أساس مواصفات أو رسومات فنية دقيقة ومفصلة أو عينات نموذجية ، ولم يرد هذا الحكم الأصولى فى القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ، بل ورد فى اللائحة التنفيذية ·

سادسا — بالنسبة للأصناف التى تستورد من الخارج ، لم يقيدها القانون الجديد بنصوص خاصة فى هذا المجال ، بل ترك التعاقد بشأنها للقواعد العامة ، بمراعاة القرارات المنظمة للاستيراد ، وذلك تلافيا لأية تعقيدات ·

سابعا — اكتفى المشرع فى القانون الجديد ، بأن يكون فتح المظاريف والبت فى المناقصات التى تقل قيمتها عن خمسة الاف جنية ، عن طريق لجنة واحدة ، وذلك تبسيطا للاجراءات · كما أوجب المشرع اشتراك ممثل لوزارة المالية وآخر لمجلس الدولة عند حدود معينة ، وذلك فى حالة اجراء الممارسة داخل الجمهورية أو خارجها تحقيقا لمزيد من الانضباط والرقابة ·

ثامنا — نقل القانون الجديد النص الذى يوجب امساك سجلات لقيد أسماء الموردين والمقاولين والبيانات الكافية عنهم ، وكذلك سجل لقيد الممنوعين من التعامل ، نقول ان المشرع نقل هذا النص من اللائحة الى صلب القانون زيادة فى الضمان ·

تاسعا — بالنسبة لمفاوضة مقدمى العطاءات ، فقد قصر المشرع اجازة المفاوضة على مقدم العطاء الأقل فقط ، باعتباره صاحب المركز القانونى الأول فى المناقصة ٠

عاشرا — نقل المشرع الأحكام الخاصة بالتأمينات الابتدائية والنهائية والنسب الواجبة الاداء وحالات الاعفاء منها من اللائحة التنفيذية الى القانون ، وذلك لاكسابها الأهمية والحصانة الواجبة ٠ ولهذا فقد تضمن القانون الجديد الأحكام والشروط الجزائية فى حالة عدم سداد التأمينات أو التأخير فى تنفيذ العقد أو باخلال المتعاقد بشروطه ، وكذلك حالات فسخ العقد والآثار المترتبة عليه ٠

حادى عشر : استحدث المشرع نصا لتنظيم صرف الدفعات المقدمة تحت الحساب بما يضمن حماية المال العام ٠

ثانى عشر : تضمن القانون الجديد الأحكام الأساسية التى تنظم البيع وتأجير المقاصف وغيرها نظرا لأهمية البيع كمورد من موارد الدولة ٠

ثالث عشر : تضمن القانون حكما عاما يقضى بعدم جواز اللجوء الى التجزئة بهدف التحايل لتفادى الاجراءات أو الضوابط أو الضمانات أو الشروط المقررة بأحكامه ٠

٣ — ثم صدرت اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، فى ١٩٨٣/٦/٢ ، ونصت المادة الثانية من قرار اصدارها على الغاء القرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ ٠ باصدار لائحة المناقصات والمزايدات والقرار رقم ١٥ لسنة ١٩٥٨ بتوحيد عمليات الشراء ، والقرارات المعدلة لهما ٠ كما نصت المادة الأولى من ذات القرار على أن « تسرى أحكام اللائحة المرافقة على جميع الوزارات والمصالح ووحدات الحكم المحلى (الادارة المحلية) ، كما تسرى على الهيئات العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى لوائحها الخاصة بتنظيم المناقصات والمزايدات

التى تعـدها • » وقد احتوت اللائحـة الجديدة على ١٢٠ مادة[١] ، بخلاف مواد الاصدار • وهو تكرار لحكم المادة الأولى من القـانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات •

٤ ـ ونعيـد التذكير بالحقيقـة التى سبق أن أعلناها ، من أنه بالرغم من زيادة المؤلفات باللغة العربية فى مجال القـانون العـام بصفة عامة ، والقانون الادارى بصفة خاصة ، فان المؤلفات والبحوث المتعلقة بالعقود الادارية ، باللغة العربية ، ما تزال نادرة ، بالرغم من الحاجة الماسة الى جهد الفقهاء فى هذا المجال الجديد نسبيا • وقد جاءت الاحـداث مؤكدة لما سبق أن تنبأنا به فى الطبعتين الثانيـة والثالثة من هذا المؤلف ، من أن الحاجة الى الأحكام التى تقوم عليها « نظرية العقد الادارى » كما صاغها القضاء الادارى فى فرنسا وفى مصر ، لم تتضاءل ، بل أن الحاجة اليها قد تأكدت وازدادات • وجاءت سياسة الانفتاح الاقتصادى ، وتدعيم القطاع الخاص والنشاط الحر ـ فى نطاق السياسة الرسمية للدولة ـ لتوضح هـذا المعنى ، وهو الأمر الذى أبرزناه فى مقدمة الطبعتين الثانية والثالثة فى وقت كان المد الاشتراكى فى قمته ! لأننا أدركنا من أول الأمر أن الاشتراكية العربية كما صغناها ، لا تعنى القضاء على النشاط الخاص تدريجيا كما أراد البعض ، أو كما توهم آخرون ، وأنه لابد وأن يجىء الوقت الذى تعمل فيه الدولة على تدعيم القطاع الخاص بعد أن اسـتقرت دعائم القطاع العـام • ويكفينا فى هذا المقـام أن نحيل الى مقدمة الطبعة الثانية التى كتبت سنة ١٩٦٤ ! فهى أكثر تصويرا للوضع الحالى مهنا للظروف التى كانت سائدة فى التاريخ المشار اليه ، والتى أوحت الى بعض الزملاء بأن يعلنوا أن نظرية العقد الادارى قد انتهت الحاجة اليها !

---

(١) أضيف اليها مادة جديدة بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٧ (فى ١٩٨٧/٤/٢١) نصـها « يجب أن تتضـمن شروط التعاقد ـ بالنسـبة الى الحـالات التى تسـتلزم نقل البضـائع بحرا ـ النص على أن يتم النقل عن طريق الشركة المصرية لأعمـال النقل البحرى ، ويكون الاسـتثناء من ذلك بموافقة وزير النقل البحرى أو من يفوضه » •

٥ ــ وبالرغم من تدعيم الاختصاص القضائى لمجلس الدولة المصرى ، سواء فى دستور سنة ١٩٧١ أو فى قانونه الحالى ، فان الوضع لم يتغير بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ، لأن الاختصاص العام للقضاء الادارى بتلك المنازعات ، قد تقرر منذ سنة ١٩٥٥ • ومن ثم فان هذا المؤلف سوف يعرض لحصيلة قرابة ٣٥ عاما من اجتهاد مجلس الدولة فى مصر ، سواء على صعيد القضاء أو الفتوى •

واذا كانت معظم تلك الأحكام والفتاوى قد صدرت فى ظل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الملغى ، فان التشريعات الحديثة التى حلت محل التشريعات الملغاة ، قد عدلت فى التفاصيل الجزئية • أما نظرية العقد الادارى فى ذاتها ، فانها مستمرة ، ومن هنا تحتفظ أحكام القضاء السابقة بكامل أهميتها •

هذا والله المستعان •

مارس سنة ١٩٩١ •

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الثانية

١ ـ أنجزنا الطبعة الأولى من هذا المؤلف فى أواخر سنة ١٩٥٨ ، لتحقيق الهدف الذى حددناه فى مقدمتها ، والذى ما يزال قائما بالنسبة الى هذه الطبعة • ولقد كانت تلك الطبعة بمثابة الحلقة الثالثة من المؤلفات التى أردنا أن نساهم بها فى بناء قانوننا الادارى الناشىء ، خارج نطاق ظروف التدريس بما تفرضه من قيود • فبعد أن أنجزنا مطولنا فى « القضاء الادارى »[1] ، عقبنا عليه بمؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الادارية »[2] وهنا ظهرت الحاجة الماسة لاخراج مؤلف مطول فى النظرية العامة للعقود الادارية نظرا لندرة المؤلفات فى هذا المجال •

وبالرغم من نفاذ الطبعة الأولى فى فترة وجيزة وظهور الحاجة الى اعادة طبعها ، فاننا آثرنا التريث سنوات متوالية • ذلك أن ظروف الوحدة الشاملة بين مصر وسوريا ، والتى تمت وظهور الطبعة الأولى مباشرة ، اقتضت القيام بحركة تشريعية واسعة ، تستهدف اعادة النظر فى التشريع القائم فى الاقليمين بقصد توحيده • ولقد امتدت هذه الحركة الى مجال القانون الادارى ، وشكلت لجنة فنية لتقنين ما يصلح تقنينه من موضوعاته[3] • وتم بالفعل تقنين الأحكام المتعلقة بالعقود الادارية ، بل وروجع مشروعها أكثر من

(١) وقد ظهرت الطبعة الأولى منه سنة ١٩٥٥ ، وظفرت بجائزة الدولة للقانون العام فى ذلك التاريخ ، وقد طبع المؤلف فى صورته الأولى عدة مرات • ثم ظهرت فى صورة مطولة فى ثلاثة أجزاء الأولى منها بعنوان قضاء الالغاء (سنة ١٩٦٧) والثانى ، قضاء التعويض وطرق الطعن فى الأحكام سنة ١٩٦٩ ، والثالث بعنوان : قضاء التأديب سنة ١٩٧١ • وظهر من المؤلف وجيز بعنوان « الوجيز فى القضاء الادارى طبعة سنة ١٩٧٣ » وقد أعيدت طباعة هذه المؤلفات •

(٢) ظهرت الطبعة الأولى منه سنة ١٩٥٦ ، والطبعة الخامسة سنة ١٩٨٣ •

(٣) كان المؤلف عضوا فى كثير من هذه اللجان •

مرة · وتوقعنا أن يصدر التشريع المتعلق بها ، فنضمن الطبعة الثانية من المؤلف شرح القانون الجديد · ولكن انتظارنا طال ، ولم يصدر التشريع المرتقب · ولهذا رأينا أن نخرج الطبعة الثانية دون انتظار لهذا التشريع ، وقد وضعنا فى اعتبارنا أمرين : الأول : أن التشريع المرتقب ليس الا مجرد تقنين للاحكام المستقرة والتى شرحناها باسهاب بين ضفتى هذا المؤلف · الثانى : أننا سوف نشير الى مشروع التقنين فى موضعه ·

٢ — على أن أهم ما يشغل البال فى هذا الخصوص ، هو تبلور اتجاهنا الاشتراكى فى خلال الفترة التى أعقبت صدور الطبعة الأول · فلقد بلغت الثورة الاشتراكية قمتها بقوانين يوليو سنة ١٩٦١ المشهورة وما تلاها من تشريعات · ثم أرسيت أسس اشتراكيتنا العربية فى ميثاق العمل الوطنى ، بحيث أصبح القطاع العام يغطى الآن أكثر من ٨٠٪ من مجال النشاط الاقتصادى فى الدولة · ولم يبق للقطاع الخاص الا مجال محدود ، على النحو الذى رسمه الباب السادس من الميثاق · فما أثر ذلك على النظرية العامة للعقود الادارية ؟ !

لقد طرح هذا السؤل الزميل الدكتور فؤاد مهنا فى أحدث طبعات مؤلفه فى القانون الادارى[١] حيث يقول ان « · · · المركز الخاص الذى تشغله الأجهزة الادارية التى تتولى مباشرة النشاط التجارى والصناعى والزراعى والمالى باسم الدولة فى ظل النظام الاشتراكى ، يثير التساؤل عن مدى الحاجة لتطبيق نظرية العقود الادارية بمبادئها وأحكامها على الروابط التى تنشأ بين الدولة ممثلة فى الوزارات والمصالح وبين المؤسسات العامة وما يتبعها من شركات أو بين المؤسسات العامة أو بين الشركات العامة التى تتبع المؤسسات العامة فى كل ما يتعلق بتنفيذ المشروعات العامة أو توريد الحاجات

---

(١) عنوان مؤلفه « القانون الادارى فى ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى التعاونى » طبعة ١٩٦٣/١٩٦٤ ·

العـامة للوزارات والمؤسسات والهيئـات العامة ووحـدات الادارة المحلية » .

ثم أجاب على هـذا السؤال على وجه الحسم حيث يقـول : « ان تطبيق نظرية العقود الادارية فى مجال التعاون بين أجهزة القطاع العام ، لم يعدله فى ظل النظام الاشتراكى نفس الأهمية التى كانت له من قبل » بل ولم يقف الزميل عند هذا الحد ، بل استطرد قائلا : « بل انه يمكن القول انه لم تعد ثمة حاجة لتطبيـق نظرية العقـد الادارى فى هذا المجال !! »[1] .

وتنحصر حجج الزميل فى تـدعيم رأيه السـابق فيمـا يلى :ـ

(أ) ان نشاط القطاع العام تقوم به المؤسسات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات التى تتبعها « وهـذه المؤسسات والشركات هى بطبيعتها وتكوينهـا أجهـزة ادارية عامة تعمـل باسم الـدولة ولحسابها وتباشر نشـاطها وفقـا للتخطيط وطبقـا للبرامج التى تضعها الهيئات المركزية المختصة ، وتخضع فى مباشرة هذا النشاط لرقابة وتوجيه الوزير المختص ، كما تخضع بوجه عام لأجهزة الرقابة والتنـظيم المركزية ، وتسير فى عملها وفقا لنـظم ولوائح يصـدر باعتمادها قرار من الوزير الذى تتبعه ، أو من مجلس ادارة المؤسسة العامة على حسب الأحوال » . « .. وليس لها ، ولا يمكن أن يكون لها مصلحة غير مصلحة الدولة . »

(ب) ان جميع الأجهـزة السابقة تعمل لتحقيق أهـداف الدولة وأنه طبقا لصريح نصوص قانون المؤسسات العامة تتحمل خـزانة الدولة فى النهـاية ، نفقـات المؤسسات العـامة ، وما يتبعهـا من شركات . كما يعود فائض مواردها الى خزانة الدولة .

(جـ) ان الربح الذى يمكن أن تحققه شركات القطـاع العام ، ليس بغـاية فى ذاته ، « .. لأنه طالما كان التعامل بين شخصين من

---

(١) ص ١٢٣ وما بعدها من مؤلفه الذى سبقت الاشارة اليه .

أشخاص القانون العام ، فان مكاسب أو خسائر أى من الطرفين المتعاقدين مرده فى النهاية للخزانة العامة للدولة » •

والنهاية التى انتهى اليه الزميل ، والحجج التى استند اليها ، تجسد الحيرة التى يحس بها فقهاء القانون العام والخاص فى خلال فترة الانتقال التى تجتازها البلاد ، أمام النظريات والأوضاع التى صيغت فى ظل النظم الرأسمالية • والذى لا شك فيه أن كثيرا من نظريات القانون قد تمت صياغتها فى ظل أوضاع سابقة ، بحيث أصبحت لا تلائم الأوضاع الاشتراكية • ولهذا أعلن الميثاق فى بابه الخامس « أن المفاهيم الثورية الجديدة للديمقراطية السليمة لابد لها أن تفرض نفسها على الحدود التى تؤثر فى تكوين المواطن وفى مقدمتها التعليم والقوانين واللوائح الادارية ، كذلك فان القوانين لابد أن تعاد صيغتها لتخدم العلاقات الاجتماعية الجديدة التى تقيمها الديمقراطية السياسية تعبيرا عن الديمقراطية الاجتماعية »[1] • فهل نظرية العقد الادارى ، من هذه النظريات ؟ •

٣ – ان نظرية العقد الادارى – كما سنرى تفصيلا – تقوم أساسا على تمكين الادارة من تحقيق الصالح العام ، مع سلوك سبيل التفاهم والرضا بينها وبين المتعاقد الآخر • وبمعنى آخر ، ان من حق الادارة أن تفرض ارادتها عن طريق القرار الادارى • ولكنها قد تجد فى كثير من الحالات أن سبيل التفاهم ، هو انجح السبل لتحقيق غايتها • وهنا تثور مشكلة العقد الادارى • فهل ياترى انتهت حاجة الادارة الى سلوك هذا السبيل فى ظل الاشتراكية ؟! ذلك ما لا يمكن التسليم به بحال من الأحوال •

فوجود القطاع العام ، ليس معناه انعدام دور القطاع الخاص : فالقطاع الخاص ما يزال يؤدى دوره • واذا كانت الحاجة قد أدت الى تدعيم القطاع العام فى أول مراحل الاشتراكية ، فان القطاع

---

(١) وبالرغم من مرور مدة طويلة على صدور الميثاق ، فان المهمة المشار اليها لم تتم حتى الآن •

الخاص ، لابد وأن يعود الى تأدية دوره الجديد[١] • ويجب أن نضع هنا تحت أبصارنا ما أكده الميثاق فى هذا الخصوص ، لأن له أهميته الحيوية فى توكيد المعنى الذى نريده •

يقول الميثاق فى بابه السابع بعنوان « حول الانتاج والمجتمع » :
« ان استمرار دور القطاع الخاص بجانب القطاع العام ، يزيد من فعالية الرقابة على الملكية الشعبية العامة ، ويقوم بدور عامل منشط لها بما يفتحه من مجالات المنافسة الحرة فى اطار من التخطيط الاقتصادى العام •

« ان قوانين يوليو الثورية العظيمة سنة ١٩٦١ لم تكن تستهدف القضاء على القطاع الخاص ، وانما كان لها هدفان أساسيان : الهدف الأول : خلق نوع من التكافؤ الاقتصادى بين المواطنين يحقق العدل المشروع ، ويقضى على آثار احتكار الفرصة للقلة على حساب الكثرة ، ويساهم فى الوقت نفسه فى عملية تذويب الفوارق بين الطبقات بما يعزز احتمالات الصراع السلمى بينها ، ويفتح الأبواب للحلول الديمقراطية للمشاكل الكبرى التى تواجه عملية التطوير • والهدف الثانى : زيادة كفاءة القطاع العام الذى يملكه الشعب ، وتعزيز قدرته على تحمل مسئولية التخطيط ، وتمكينه من دوره القيادى فى عملية التطوير الصناعى على الأساس الاشتراكى •• » •

ثم يستطرد الميثاق قائلا : « ان الذين يتصورون أن قوانين يوليو قد قيدت المبادرة الفردية يقعون فى خطأ كبير • ان المبادرة الفردية يجب أن تكون قائمة على العمل وعلى المخاطرة ، وما كان قائما فى الماضى كان يعتمد على الانتهاز ••• ومن ناحية أخرى فان المبادرة الفردية بالطريقة التى كانت قائمة بها ، لم تكن تقدر على مسئوليات الأمانى الوطنية • ان الاستثمارات الجديدة التى توجه الآن للصناعة ، تساوى أكثر من مائة مرة ما كان يوجه منها فى سنوات

(١) وسياسة الانفتاح الاقتصادى التى تطبقها الدولة الآن وبعد سنوات طويلة من كتابة تلك الفقرة ، خير شاهد على هذه النبوءة •

ما قبل الثورة ... ان رأس المال الفردى فى دوره الجديد يجب أن يعرف أنه خاضع لتوجيه السلطة الشعبية ، شأنه فى ذلك شأن رأس المال العام ، وأن هذه السلطة هى التى توجهه على ضوء احتياجات الشعب وأنها قادرة على مصادرة نشـاطه اذا ما حاول أن يستغل أو ينحرف » .

هذه هى فلسفة العلاقة بين القطاعين العام والخاص كما صاغها ميثاق العمل الوطنى الذى هو أساس اشتراكيتنا العربية . ويجب أن تدور أحكامنا الجديدة فى فلك هذه الفلسفة .

٤ ـ والعقد الادارى ـ كما سنرى ـ يبرم اما بين شخصين من أشخاص القانون العام ، واما بين شخص من أشخاص القانون العام ، وآخر من أشخاص القانون الخاص .

فاذا ما أبرم العقد بين شخص من أشخاص القانون العام ، وآخر من أشخاص القـانون الخاص ، فان نظرية العقـد الادارى تحتفظ بأهميتها كاملة ولا تتأثر من قريب أو بعيد بالاشتراكية .

أما اذا أبرم العقد بين شخصين من أشخاص القانون العام فهنا يثور المنطق الذى أشار اليه الدكتور فؤاد مهنا[١] .

وقبل أن نفند رأيه فى هذا الصدد ، فاننا نشير الى ملحوظة فى غاية الأهمية ، وهى أن الزميل أقام رأيه على مقدمة لا يشاركه غيره فيها من فقهاء القانون العام ـ أو الخاص ـ فيما أعلم ، وهى أنه اعتبر شركات القطاع العام والجمعيات التعاونية أشخاصا من أشخاص القانون العام[٢] ، وذلك اذا كانت مملوكة ملكية كاملة للدولة . وهو فى هذا يجانب نية المشرع الواضحة والقاضية بادارة هـذه المشروعات فى نطاق القانون الخاص تماما ، فيما عدا الأحكام التى استثناها صراحة ، والراجعة الى تملك الدولة لجميع أسهم المشروع .

---

(١) وسوف نعود الى تفصيل هذه النقطة عند دراسة أحكام العقد الادارى .

(٢) راجع ص ١٠٦٤ وما بعدها من مؤلفه السابق ، وراجع ص ١٢٣٢ من ذات المؤلف . ولكن تبين بعد ذلك ان فقهاء آخرين من هذا الرأى .

وليس هذا الوضع بدعا لدينا ، بل لجأت اليه كثير من الدول التى تحافظ على مبدأ ازدواج القانون ، أى التى تفرق ، بين القانون العام والخاص كفرنسا وبلجيكا وغيرها ٠

ولهذا فان العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام اقليمى كالدولة أو المحافظة أو المدينة أو القرية ، أو شخص معنوى عام مرفقى مثل الهيئة العامة أو المؤسسة العامة ، وبين شركة أو جمعية تنتمى الى القطاع العام هو عقد بين شخصين مختلفين يخضعان لنظامين مختلفين ٠ ونقطة البداية هذه هى التى قادت الزميل الى رأيه السابق ٠

٥ — ومع التسليم جدلا بأن الدولة فى نهاية الأمر هى التى سوف تتحمل ما تحققة شركات القطاع العام وجمعياته من خسارة أو كسب ، فهل ذلك مما يؤدى الى اهدار نظرية العقد الادارى فى نطاق علاقات تلك الجمعيات والشركات بالدولة ؟ ان النظرة السريعة وحدها هى التى تجيب على هذا التساؤل بالايجاب ٠ أما التعمق فانه يؤدى الى العكس ٠

ذلك أن نظرية العقد الادارى تستهدف تحقيق أغراض محددة هى : انجاز أهداف الادارة ، فى أسرع وقت ممكن ، وبأقل تكلفة ممكنة ، وعلى أفضل نحو ممكن ٠ ولهذا فان النظرية أفسحت مجالا واسعا للمنافسة الحرة ، وللتعاون البناء بين المتعاقد وبين الادارة ٠ وأخطر ما يمكن أن تتعرض له الادارة فى ظل الاشتراكية هو الاحتكار ٠ حقيقة ان ثمة رقابة من الدولة ، ومن أجهزتها ، ولكن هذه الرقابة لن تغنى بحال من الأحوال عن عنصر المنافسة ٠ وان مما له دلالته فى هذا الخصوص ، أن المعهد الدولى للعلوم الادارية قد طرح موضوع « المشروعات العامة ومشاكل ادارتها » للمناقشة فى مائدة مستديرة عقدت فى وارسو فى يونيو سنة ١٩٦٤[١] ٠ وكان

(١) وقد حضرها المؤلف ممثلا للشعبة المصرية للمعهد الدولى للعلوم الادارية بوصفه أمينها العام ٠

من أهم ما أثاره الأعضاء ــ من الكتلتين الاشتراكية والرأسمالية ــ هو موضوع القضاء على الاحتكار بين المشروعات العامة ، وتأمين قدر من المنافسة بينها ، وطلب الأعضاء اجراء دراسات عميقة مستفيضة فى هذا الموضوع ، على أن تناقش فى مؤتمر يعقد فى باريس فى يوليو سنة ١٩٦٥ ، وهذا هو المعنى الذى أكده الميثاق فى أبلغ عبارة حيث يقول : « ان استمرار دور القطاع الخاص بجانب القطاع العام ، يزيد من فعاليات الرقابة على الملكية الشعبية العامة ، ويقوم بدور عامل منشط لها بما يفتحه من مجالات المنافسة الحرة فى اطار التخطيط الاقتصادى العام » وعلى هذا الأساس ، تعتبر النظرية العامة للعقود الادارية أساسا صالحا لتنظيم هذه المنافسة ٠

٦ ــ ويعنينا هنا من ناحية أخرى أن نبرز حقيقة بالغة الأهمية وهى التى تتعلق بالربح فى النظام الاشتراكى ٠ ان الربح غاية أساسية للمشروعات العامة فى النظام الاشتراكى ، وبدونه لا يمكن لخطة التنمية أن تتحقق ٠ ولكن ما تهتم به الاشتراكية هو الطريقة التى يمكن أن يتحقق بها هذا الربح ٠ ولقد أولى رئيس الوزراء هذا الموضوع عناية كبيرة فى بيانه الذى ألقاه أمام مجلس الأمة فى دور انعقاده الأول (بتاريخ مارس سنة ١٩٦٤) حيث يقول : « ان الربح فى النظام الرأسمالى هو مقياس نجاح أى مشروع بغض النظر عن السبيل الى تحقيق هذا الربح ، سواء كان هذا السبيل عادلا أو مستغلا ٠ ولقد تتصور بعض المشروعات العامة فى ظل الاشتراكية أن نجاحها يقاس بمقدار ما تحققة من أرباح دون اعتبار لطريقة تحقيق هذه الأرباح ، لتندفع بهذا التصور فى سبيل رفع أرقام ربحها سواء عن طريق اتباع أساليب المحاسبة الشكلية أو عن طريق التحايل على المزايا التى يتحتم اشتراكيا أن تمنحها للعاملين فيها ، أو عن طريق رفع أسعار منتجاتها بغير حق أو عن طريق الهبوط بنوعية الانتاج دون تخفيض أسعارها ٠ انها لو فعلت ذلك تكون قد خرجت عن طريق الاشتراكية وانحرفت عن مبادىء الكفاية والعدل ٠ ان نظرة اشتراكيتنا الى الربح مبنية على نقط ثلاث :

الأولى : أن الربح هو « فائض » يخصص للاستثمار الذى يعود بالخير على جموع الشعب ·

والثانية : أن هذا الفائض لا بد أن يتحدد طبقا لما تمليه الخطة وتبعا للأسس العامة التى تمليها سياستنا الاشتراكية خاصة فى معاملة العامل والمستهلك ·

والثالثة : أنه من الواجب المحتم أن تكون الطريقة المتبعة فى تحقيق هذا الفائض طريقة عادلة ·

وارتكازا على هذه القواعد الثلاث ، فاننا نعطى للطريقة التى يتحقق بها الفائض الأهمية الأولى · والسبيل الى ذلك هو العمل على رفع الانتاج ورفع الكفاية الانتاجية للعامل حتى يتحقق تزايد الفائض فى ظل نظام يرتفع فيه أجر العامل وينخفض فيه سعر السلعة للمستهلك · وبهذا نجعل الفائض أداة فعالة فى التقدم ووسيلة لرفاهية مجموع الشعب ·

ومع ذلك ، فاننا نعطى الأهمية كذلك لتحقيق الفائض اذ أنه يمثل مصدرا رئيسيا من مصادر تمويل خطة التنمية وبدونه لا يمكن تحقيق استثماراتها الضخمة »

وعلى هذا الأساس ، فان أحكام النظرية القائمة على تحقيق الوفر المالى للادارة ، وانجاز المشروعات فى أسرع وقت ممكن ، هى أحكام أساسية فى جميع العهود ، ولا يمكن أن تغنى عنها أحكام الرقابة الخارجية ·

٧ — ويصدق المعنى السابق ولو كانت العلاقة العقدية بين شخصين من أشخاص القانون العام ، مادام لكل منهما ميزانية مستقلة فالمحافظة والمدينة والقرية ، والهيئة العامة والمؤسسة العامة ، لها ميزانيتها المستقلة ، وهى مسئولة عن حسن استعمال الأرصدة المخصصة لها ، ويعنيها أن تنفق هذه المبالغ بالطريقة التى تعود عليها بأكبر قدر ممكن من الفائدة · ولو فرض على تلك الأشخاص أن تلجأ الى جهة بعينها ، ولو كانت جهة عامة ، فلن تتحقق الأغراض

التى نشير اليهـا • ولكن لو وجـد أمامها جهـات متعـددة يمكنها أن تقتضى منها الخدمة ، فحينئذ يكون فى وسـع تلك الأشخاص أن تستفيد من عنصر المنافسـة • وهذا ما تفعلة كثير من المحافظـات والمدن فى الوقت الحاضر اذ أمكنها أن تنجز كثيرا من المشروعات بأقل من المبالغ المعتمدة لها فى الميزانية • ومن ثم فقد استطاعت أن تفيد من استثمار الوفر فى مجال آخر •

فالرقابة الخارجية على المشروعات العامة اذن لا يمكن أن تغنى بحال من الأحوال عن عنصر المنافسة • فهى اذا حالت دون المبالغة فى النفقات الى حد ما ، فانها لا تفيد من حيث خلق الحوافز لتحقيق الوفر فى النفقات وضغط المصروفات • وهو من أهم ما نحتاج اليه فى المرحلة التى تجتازها البلاد فى الوقت الحاضر •

على أن هـذا لا يعنى أننـا ننـكر ضرورة تنظيم الرقـابة على شركات القطاع العـام ، ولكن كل مـا نقصده هـو أن الأحكام التى تقوم عليهـا نظرية العقـد الادارى ، لا تفقـد أهميتهـا فى ظـل الاشتراكية بل على العكس من ذلك ، نرى أن أهميتها تزداد اذا أريد أن نحافظ على فاعلية المشروعات العـامة ، وألا تتأثر تلك الفاعلية بالاعتبارات الروتينية المكتبية •

٨ ــ وأخيرا ، وبالرغم من كل شىء سـتبقى العلاقة التعـاقدية بين الادارة وبين جهات بعيدة عنها • ستبقى بينهـا وبين الأفراد فى صورة عقود خدمات ، أو توريد ، أو تعهد بعمل شىء أو المساهمة فى خدمة عامة أو للاستفادة من خدمات معينة تقدمها الادارة كالعقود التى ترد على المال العـام •• الخ • وسـتظل الادارة فى حاجـة الى التعاقد مع شركات أجنبية أو أفراد أجانب لتنفيـذ مشروعات عامة ليس فى وسع شركات القطاع العـام ــ لسبب أو لآخر ــ أن تقوم بها • ومجال البترول خير شاهد فى هذا المقام[١] •

(١) وقد برز ذلك بصورة ملموسة أثر سياسة الانفتاح الاقتصادى التى اعتنقتها الدولة لاسيما بين مصر وبين الدول العربية ، وغير العربية •

ثم ان ضرورة التزام أساليب القانون الخاص فى ادارة مشروعات القطاع العام ـ وهو اتجاه تظهر الحاجة الى تدعيمه يوما بعد يوم ـ مما يؤكد أهمية نظرية العقد الادارى ، وما قامت عليه من أحكام ٠ ولما كانت هذه النظرية قضائية ، فانها مرنة قابلة للتطور لمواجهة كافة الاعتبارات التى يتطلبها الوضع الاشتراكى الجديد ٠ ولعل هذا من الأسباب الرئيسية التى تجعلنا غير شديدى الحماس لصدور تشريع فى هذا المجال ، خلال هذه المرحلة الانتقالية ، قد يؤدى الى الحد من حرية القضاء فى تكييف العلاقات الجديدة ، ولعل ما نحتاجه فى هذا المجال ، هو ادخال نوع من المرونة فيما يتعلق بحق الادارة فى اختيار طريقة ابرام العقد ، والمتعاقد معها ٠ وهذا اتجاه عالمى سوف نشير اليه فى موضعه ٠

٩ ـ وأخيرا فانه يعنينا أن نشير الى أننا حينما بدأنا انجاز الطبعة الأولى من هذا المؤلف ، لم يكن قد مضى وقت طويل على تقرير مبدأ الاختصاص الشامل والمانع للقضاء الادارى بعقود الادارة فقد تقرر هذا المبدأ لأول مرة ـ وكما سنرى تفصيلا فيما بعد ـ بمقتضى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ٠ فى حين أننا بدأنا انجاز الطبعة الأولى فى سنة ١٩٥٧ وانتهينا منها فى أواخر سنة ١٩٥٨ ، فلم يكن الوقت قد اتسع بعد أمام القضاء الادارى فى مصر لكى يتناول جميع الأحكام التى تقوم عليها نظرية العقد الادارى ٠ بل ان معظم الأحكام التى أستشهدنا بها فى الطبعة الأولى كانت من محكمة القضاء الادارى ، ولم تكن قد نشرت بعد ٠

أما الآن ، فان القضاء الادارى قد انفسح أمامه الوقت ليحدد موقفه من كثير من نقاط الخلاف فى النظرية ٠ ومن ثم فاننا سوف نعنى بالأحكام الحديثة ، والصادرة من المحكمة الادارية العليا فى هذا المجال ٠ كما أننا سوف نهتم بالفتاوى التى يمكن الحصول عليها فى خصوص العقود الادارية ، على أساس أن كثيرا من الموضوعات التى تتناولها الفتوى قد لا تسمح الظروف بطرحها أمام القضاء ٠

وسوف يكون رائدنا فى كل هذا أن نقف عند الكليات ما أمكن دون الاغراق فى التفاصيل ، على أساس أن ابراز معالم « نظرية العقد الادارى » هى الغاية من اعداد هذا المؤلف ٠

كما أننا سوف نرى الى أى حد تتأثر هذه النظرية بالسياسة الاشتراكية التى تسير عليها الجمهورية العربية المتحدة ٠

هذا والله ولى التوفيق ؟

يناير سنة ١٩٦٥

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الأولى

اذا كان القانون الادارى حديث النشأة ، فان موضوعاته العديدة ، ونظرياته الأصيلة ، ليست على درجة واحدة من تلك الصفة · ولعل ما يتعلق بالعقود الادارية هو أحدث نواحي القانون الادارى على الاطلاق · ولهذا فان كثيرا من الأحكام الرئيسية التى تهيمن على تلك المادة يعتورها الغموض ، ويحلق عليها الشك · وهذه الحقيقة ظاهرة بشكل واضح فى فرنسا رغم نضج القانون الادارى فيها · وهى أوضح من أن تحتاج الى تدليل فى مصر · ومن هنا كانت صعوبة التصدى للتأليف فى هذا الجانب البكر من جوانب القانون الادارى الحديث ، فالحقيقة أننى قد ترددت كثيرا قبل أن أقدم على الكتابة فى هذا الموضوع !

هذا وان نظرة عابرة على المؤلفات التى صدرت فى موضوع العقود الادارية فى كل من فرنسا ومصر ، لكافية لتوضيح وجهة النظر السابقة · فرغم غزارة المؤلفات الفرنسية التى تغطى مجالات القانون الادارى الرحبة ، فانها شحيحة نسبيا فى موضوع العقود الادارية بالذات · ويعنينا هنا أن نبرز أن المؤلفات ذات الطابع العام فى العقود الادارية فى فرنسا محدودة يمكن حصرها فى ثلاثة مؤلفات رئيسية هى :

1. Jèze; Principes généraux du droit administratif. (3 vol. 1934 — 1936, tomes 4, 5, 6).
2. G. Péquignot; Théorie générale du contrat administratif; thèse Montpellier. ed. 1945, et les contrats de l'administration, fasc. 500, 505, 510 et 515. du Jurisclasseur administratif.
3. A. De Laubadère : Traité théorique et pratique des contrats administratifs. 1956.

أما فى مصر ، فليس هناك مؤلف عام واحد فى هذا الموضوع! والعجيب فى الأمر ، أن الرسائل التى تناولت موضوعات ذات علاقة بالعقود

الادارية قدمت كلها باللغة الفرنسية ، ولم تترجم الى اللغة العربية ، مما أفقدها ميزة الانتشار . وهذه الرسائل هى :

1. Tewfik Chehata : La concession de service Public. 1941.
2. Fouad El-Attar : La marché de travaux publics 1955.
3. Saroit Badaoui : Le fait du prince dans les contrats administratifs 1955.

ومن هنا كانت حاجة القانون العام الملحة الى مؤلف عام فى موضوع العقود الادارية .

وهذا المؤلف ، كما يدل عليه اسمه ، يستهدف غرضا رئيسيا ، هو رسم الأسس العامة التى تقوم عليها « نظرية العقد الادارى » كما صاغها القضاء الادارى الفرنسى . وفى سبيل هذه الغاية لن نهتم بالتفاصيل الجزئية الا بالقدر الذى يستلزمه الغرض السابق . ففى مرحلة الانشاء التى يمر بها القانون الادارى المصرى فى الوقت الراهن ، نحتاج أولا وقبل كل شىء الى ارساء قانوننا الادارى على أساس سليم . ولأجل هذه الغاية النبيلة ، فاننا نحمد لمجلس الدولة المصرى خطته التى درج عليها — منذ أصبح قاضى القانون العام فى موضوع العقود الادارية — من الاسهاب فى صياغة أحكامه ، والوضوح فى ابراز الأسس التى يقيم عليها قضاءه . ذلك أنه اذا كان المشرع يشعر بأن القوانين التى يصدرها بحاجة الا مذكرات تفسيرية مسهبة ، توضح الغاية منها ، وتفصل غاياتها ومراميها ، فان جمهور المشتغلين بالقانون الادارى لأشد حاجة الى ما يقوم مقام تلك المذكرات بالنسبة الى المبادىء التى يعتنقها القضاء الادارى المصرى فى موضوع العقود الادارية الذى لما تتأصل أحكامه بعد فى مصر . ولهذا فاننا سوف نقتبس الفقرات المطولة من أحكام قضائنا الادارى ، حتى يكون أمام القارىء معانى المبادىء التى يضع القضاء أساسها ، مصوغة بأسلوب المجلس نفسه دون تحريف .

واننا لنعتذر مقدما عما قد يعتور هذا المؤلف من نقص ، ونرجو أن يكون فاتحة لجهود متواصلة تبذل فى هذا المجال الحيوى ، حتى نصل به الى درجة من الوضوح تتفق وأهميته البالغة فى حياتنا الادارية .

هذا والله ولى التوفيق ؟

مايو سنة ١٩٥٧

المؤلف

مقدمة عامة

١ – يعتبر القرار الادارى ، الصادر عن ارادة الادارة المنفردة ، أنجع وسائل القانون العام التى تتسلح بها الادارة لأداء واجباتها المتعددة • غير أن الادارة كثيرا ما تلجأ الى طريقة الاتفاق الودى مع الأفراد ، وذلك اذا ما قدرت أن هذه الطريقة أنجع فى تحقيق الأهداف العامة ، فينشأ بينها وبينهم عقد «Contrat» يحدد واجبات كل من الطرفين • ثم ان سبيل القرار الادارى اذا كان ممكنا ضد المواطنين ، فانه يقصر عن تناول غير المواطنين أفرادا أو شركات ، اذ العقد هو الطريقة الوحيدة للتعاون بينهم وبين الدولة التى لا يحملون جنسيتها •

والمسلم به فى الوقت الحاضر أن عقود الادارة لا تخضع كلها لنظام قانونى واحد ، ولكنها تنقسم قسمين :

أولا : عقود الادارة التى تخضع للقانون الخاص •

«Contrats de droit privé de l'administration».

ثانيا : وعقود الادارة التى تخضع للقانون العام ، وهى التى يطلق عليها اصطلاح « العقود الادارية » «Contrats administratifs» .

وهذا المعنى حرص القضاء الادارى المصرى على ابرازه وتوكيده من أول الأمر ، سواء أمام محكمة القضاء الادارى أو المحكمة الادارية العليا • ومن ذلك على سبيل المثال ، حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦[1] ، والذى يقول : « ومن حيث ان الذى ينبغى المبادرة الى التنبيه اليه هو أنه ليس كل عقد تبرمه جهة الادارة بعقد ادارى حتما ، فكثيرا ما تلجأ هذه الجهة الى ابرام عقود بينها وبين جهة أخرى أو بينها وبين بعض الأشخاص من جهة

---

(١) القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية ، قضية السيد/ محمد زيدان ضد وزارة المعارف والتموين والمالية •

آخـرى فى ظل قواعد القـانون الخاص فيختص بها قاضى القانون الخاص ، ولا تعنى بأمرها مبادىء القـانون الادارى • وليس بكاف أبدا مجرد أن يكون أحد طرفى التصرف شخصا اداريا عاما للقول بأن هذا التصرف أو العقد انما هو عقد ادارى يخضع لأحكام القانون العام ، وتختص حتما بالفصل فى منازعاته هذه المحكمة ، فالشخص الادارى العام قد يبرم عقدا مدنيا كما قد يبرم عقدا اداريا سـواء بسواء •• » • وتعيـد المحكمة الادارية العليا تأكيد ذات المعنى فى أحكامها باستمرار ، ومن ذلك حكمها الصادر فى ١٩٦٨/٣/٢٤ حيث تقرر : « ان العقود التى تبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد•• ليست سواء : فمنها ما يعد بطبيعته عقودا ادارية ••• وقد تنزل منزلة الأفراد فى تعاقدهم فتبرم عقودا مدنية تستعين فيها بوسائل القـانون الخاص • ومناط العقـد الادارى أن تكون الادارة أحـد أطرافه ، وأن يتصل بنشاط المرفـق العام ••• وأن يأخذ العقـد بأسلوب القانون العام وما ينطوى عليه من شروط استثنائية » •

واذا كان القانون الادارى لا يهتم أساسا الا بالعقـود الادارية بمعناها الفنى الدقيق ، والذى سوف نحدده فيما بعد تفصيلا ، فان ذلك لا يعنى المساواة التامة بين الادارة وبين الأفـراد فيما يتعلق بعقود الادارة غير الادارية ، ذلك أن من الأحكام الادارية ما يسرى على جميع عقود الادارة أيام كانت طبيعتها ، لا سيما فيمـا يتعلق باختيار المتعـاقد مع الادارة ، على التفصيل الذى سـوف نوردة فى موضعه •

ولكن بالرغم من الملاحظة السابقة ، فان العقود الادارية تختلف أختلافا جوهريا عن عقود القانون الخاص التى تبرمها الادارة ، ذلك أن هذا النوع الأخير من العقود تحكمة من الناحية الموضوعية قواعد القـانون الخاص ، ويسرى عليـه ـ كقـاعدة عامة ـ ما يسرى على العقود التى يبرمها الأفراد فيما بينهم • أما العقود الادارية فتتجلى فيها امتيازات السلطة العامة ، والتى لا نظير لها فى علاقات الأفراد فيما بينهم ، نظرا لمقتضيات سير المرافق العامة •

٢ ــ والمسلم به فى الوقت الحاضر ، أن القانون الادارى ــ وفقا للنظرة الفرنسية ــ هو قانون مستقل ، له ذاتيته الخاصة • بهـذا يعترف الفقه والقضاء فى فرنسا[١] ، وبه اعترف المشرع المصرى[٢] وهو ما فصلته المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢ يونية سنة ١٩٥٦ حيث تقـول : « ان روابط القـانون الخـاص تختلف فى طبيعتها عن روابط القانون العام ، وان قواعد القانون المدنى قـد وضعت لتحكم روابط القـانون الخاص ، ولا تطبق وجوبا على روابط القانون العام الا اذا وجد نص يقضى بذلك • فان لم يوجد فلا يلتزم القضاء الادارى بتطبيق القواعد المدنية حتما وكما هى ، وانما تكون له حريته واستقلاله فى ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التى تنشأ فى مجال القانون العام بين الادارة فى قيامها على المرافق العـامة وبين الأفراد ، فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها ، وله أن يطرحهـا ان كانت غير متلائمة معها ، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم • ومن هنا يفترق القانون الادارى عن القانون المدنى فى أنه غير مقنن ، حتى يكون متطورا غير جامد • ويتميز القضاء الادارى عن القضاء المدنى فى أنه ليس مجرد قضاء تطبيقى مهمته تطبيق نصـوص مقننة مقدما ، بل هو على الأغلب قضاء انشـائى لا مندوحة له من خلق الحل المناسـب ، وبهذا أرسى القواعد لنظام قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العـام واحتياجات المرافق ومقتضيـات سـيرها ، وايجاد مركز التـوازن والمواءمة بين ذلك وبين المصـالح الفردية ، فابتدع نظريـاته التى استقل بها فى هذا الشأن أو سبق بها القـانون الخاص ، سـواء فى علاقة الحكومة بالموظف أو فى المرافق العامة وضرورة اسـتدامتها

---

(١) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « مبادىء القانون الادارى » فى أى من طبعاته المتعددة •

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فى تنظيم مجلس الدولة المصرى •

وحسن سيرها أو فى العقود الادارية أو المسئولية أو فى غير ذلك من مجالات القانون العام ... »[1] .

ولما كان القانون الادارى يغلب عليه الطابع القضائى للأسباب التى فصلتها المحكمة الادارية العليا فى حكمها السابق ، فان الأسس التى قامت عليها « نظرية العقد الادارى » ــ كما هو الشأن بالنسبة الى سائر نظريات القانون الادارى ــ هى من صنع القضاء الادارى الفرنسى . حقيقة ان المشرع الفرنسى كثيرا ما تدخل ليتبنى بعض الأحكام القضائية فى مادة العقود الادارية ، ونظمها بتشريعات خاصة ، ولكن النظرية العامة للعقود الادارية ما تزال فى مجموعها قضائية ، ومن ثم فان أحكامها تتطور باستمرار لتستجيب لحاجات المرافق العامة المتجددة . ولهذا أيضا فان نظرية العقود الادارية ــ كما هى مقررة فى الفقة والقضاء الفرنسيين ــ لم تتأصل فى مصر الا فى تاريخ حديث جدا نظراً لحداثة القضاء الادارى بصفة عامة ، ولأن اختصاص القضاء الادارى المصرى بموضوع العقود الادارية لم يتقرر الا فى تاريخ متأخر جدا كما سنرى تفصيلا فيما بعد ، ولكن الأحكام التى صدرت من دائرة العقود الادارية بمحكمة القضاء الادارى ، ومن المحكمة الادارية العليا فى تعقيبها على أحكام تلك الدائرة ، تكشف عن فهم عميق للأحكام الأساسية التى تقوم عليها العقود الادارية ، وتسلم بالمبادىء الرئيسية فى الموضوع لدرجة تسمح لنا بأن نؤكد من الآن ، أن نظرية العقد الادارى وان كانت قد ظلت مجهولة فى مصر حتى تاريخ متأخر كما سنرى ، فان أحكامها الأساسية تتبلور بصورة واضحة ، ومعالمها تتكامل فى سرعة منقطعة النظير مما يؤيد الحقيقة الراسخة ، من أنه لا يمكن التحدث عن قانون ادارى دون التحدث عن مجلس الدولة . فاذا كانت الوظيفة

(١) مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا ، السنة الأولى ، ص ٨٠٧ وبالمعنى ذاته احكمها الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، السنة الثانية ص ١٢٩ . وفى خصوص مدى تطبيق قواعد القانون الخاص على علاقات القانون العام ، راجع أحكامها الصادرة فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ س ٧ ص ٥٢٧ وفى ٥ مايو سنة ١٩٦٢ س ٧ ص ٧٧٩ وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٦٢ ص ٧ س ١١١٠ ... الخ .

هى التى تخلق العضـــو ، فان العضو فى حالتنـــا قد أثر بدوره على الوظيفة الى حد بعيد !

٣ ــ غير أن درجة أصالة نظريات القانون الادارى تتفاوت فيما بينها ، فمنهـــا ما لا مقـــابل له فى القانون الخاص كلية ، كنظرية القرارات الادارية ، والضبط الادارى ، والتنفيذ المباشر ٠٠٠ الخ ومنها ما يقوم بينه وبين نظريات القـــانون الخاص شبه كبير ٠ ومن النوع الأخير ، نظرية العقد الادارى ٠ فاذا كانت الأحكام التى تقوم عليها العقود الادارية تتضمن كثيرا من القواعد التى تنبو عن منطق القانون الخاص ، فانه من المهم جدا أن نذكر من الآن ، أن كثيرا من الأحكام الضابطة للعقود الخاصة فى المجموعة المدنية ، تسرى بذاتها على العقود الادارية ! ذلك أن بعض القـــواعد الواردة فى المجموعة المدنية ، ليست الا تقنينا لمبادىء تمليها طبيعة الأمور أو مقتضيات العدالة المجردة مما لا تختلف فيه روابط القانون العام عن روابط القـــانون الخاص ٠ وبالتـــالى فلا حـــرج على القاضى الادارى فى أن يســـتهدى بتلك القواعد فى حسم المنازعات التى تنشأ بين الادارة والأفراد بصـــدد عقد ادارى ٠ وليس فى هذا أى مساس باستقلال القضاء الادارى ٠ أو كما يقول مفوض الدولة «Rivet» فى مذكرته المقدمة فى قضية[1] «Olive» مخاطبـــا مستشارى مجلس الدولة الفرنسى « ٠٠ انكم أحـــرار فى قضـــائكم ، وأنتم الذين تخلقـــون القواعد التى تطبقونها ٠ ولا تســـتبقون من القواعد الـــواردة فى المجموعة المدنية الا ما يتفق تطبيقه وضرورات الحياة المدنية » ٠

وعلى هـــذا الأساس فان المتتبع لقضاء مجلس الدولة الفـــرنسى فى موضوع العقود الادارية يجد أنه يسلك فى هذا الخصوص احدى السبل الثلاث الآتية :

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ فى قضية «Sovonnerie H. Olive» مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ١٠٧ ٠ وتقرير «Rivet حيث يقول :

«Vous êtes maitres de votre jurisprudence. A Vous de la créer ... en ne retenant les règles du Code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective».

فى بعــض الحالات ، وهى قليلة نسبيا ، يطبــق مجــلس الدولة الفرنسى نص المادة الواردة فى المجموعة المدنية مع الاشارة صراحة الى رقم تلك المادة كما هو وارد فى تلك المجموعة[١] ٠

وفى بعضها الآخر يطبق المجــلس المبادىء والأفكار المدنية دون أن يشير الى أرقام المواد صراحة[٢] ٠

وفى سائر الحالات يطبــق الأحكام الادارية التى لا نظير لها فى القانون الخاص ، والتى تميز العقود الادارية ، عن عقــود القانون الخاص التى تبرمها الادارة[٣] ٠

وقــد أتيح لكل من المحكمة الادارية العليا ، ومحكمة القضــاء الادارى أن تطبــق مبادىء مشابهة ٠ فالمحكمة الادارية العليا تقرر المبدأ العــام الذى يحكم العلاقة بين القــانونين فى حكمها الصــادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ (س ٧ ص ٥٢٧) حيث تقول ان « ٠٠ تطور القانون الادارى ، وأن اتجه الى الاستقلال بمبادئه وأحكامه ، الا أن ذلك لا يعنى قطع الصلة من غير مقتضى بينه وبين القانون المدنى » ٠ ولأجل هذا فانها تقرر فى حكمها الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٩ (الســنة ٥ ص ١٠٦) أن القــواعد المقــررة فى القــانون المدنى فى خصوص القوة القاهرة والحادث الفجائى « ٠٠٠ لئن كان مجال

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ فى قضية «Crands moulins de Corbeil» المجموعة ص ٨٢٢ حيث أشار المجلس صراحة الى المادة ١١١٦ الخاصة بالغش «dol» وحكمه الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٥١ فى قضية «Ste Bornhauser» المجموعة ص ٨١ حيث أشار المجلس الى المــادة ١٩١٧ وحكمه فى ٢٨ يوليو ســنة ١٩١١ فى قضية «De la Guérinière» المجموعة ص ٩٣٣ حيث أشار الى المادة ١٣٧٥ ٠٠ الخ ٠

(٢) راجع فيمــا يتعلق بفكرة الســبب فى العقود الادارية ، تقريرا للمفوض «Theis» بمناسبة حكم المجلس فى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧ فى قضية «Michaux» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٨ ص ٢٨ حيث يقول :

«Selon l'article 1131 du Code civil un contrat sans cause ne peut avoir aucun effet. La règle vaut en matière administrative à cette réserve près qu'elle doit être appliquée compte tenu des principes qui président à l'organisation et au fonctionnement des services publics».

(٣) راجع مطول دى لوبادير فى العقود الادارية ، طبعة سنة ١٩٥٦ ص ٢١ وما بعدها ٠

تطبيقا فى روابط القـانون الخاص ، الا أن القضـاء الادارى قـد اطرد على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التى يجب النزول عليها فى تحديد الروابط الادارية فى مجال القانون العام ، مادامت تتسق مع تسيير المرافـق العـامة ، وتكفل التوفيـق بين ذلك وبين المصالح الفـردية الخاصة » كما تقول فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٧٧٩) ان المادة ١٢٣ من القانون المدنى والتى تجيز تصحيح الأخطاء المادية فى العقود تنطبق على الروابط العقدية باعتبار أنها « تقرر أصلا من الأصول العـامة التى تمليها طبيعـة الأمور ، ومقتضيات العـدالة وحسن النية » . كمـا تؤكد فى حكمها الصادر فى ٢٣ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١١١٠) « ... أن الاستهداء فى تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعاقد وبما ينبغى أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعـاقدين وفقا للعرف التجارى فى المعـاملات (المادة ١٥٠ مدنى) ليس بقـاعدة ملزمة للمحكمة ، وانمـا تستأنس بها ، وهى فى حل من ألا تتبعها اذا رأت أن اتبـاعها غير ذى جـدوى فى الوصـول الى تعرف نيـة المتعاقدين »[1] .

---

(١) ويراجع من أحكامها الحديثة نسبيا فى ذات المجال :

— حكمها الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٥ ، س ١١ ، ص ٥٢ (التعويض عن فسخ العقد) وفى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (س ١٢ ، ص ٢٦٠) .

— حكمها الصـادر فى ١١ ديسـمبر سنة ١٩٦٥ س ١١ ، ص ١٢٨ (تطبيق المادة ٧٠٤ مدنى الخاصة بالوكالة) وفى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٨ س ١٤ ، س ٥٦ .

— حكمها الصادر فى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٧ ، س ١٢ ، ص ١١٠ (تطبيق المادة ٤٢٠ مدنى ، البيع بالعينة) .

— حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٦٧ ، س ١٣ ، ص ٩٤ (تطبيق المادة ٢٢٩ مدنى ، التضامن بين الدائنين أو المدينين) .

— حكمها الصادر فى ديسمبر سنة ١٩٦٧ ، س ١٣ ، ص ١٦٦ (تطبيق مبادىء القانون المدنى الخاص بتفسير العقود) .

— حكمها الصادر فى ١٠ فبراير سـنة ١٩٦٨ ، س ١٣ ص ٤٦٤ (المـادتان ٥٤٩ و ٥٥٢ عقد الصلح ومقوماته) .

— حكمها الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ ، س ١٣ ، ص ٦٢٥ (المادتان ١٢٠ و ١٢١ الخاصتان بالغلط) .

— حكمها الصادر فى ٢٩ يونية سـنة ١٩٦٨ ، س ١٣ ، ص ١١١٣ (المـادة ٢٢٦ الخاصة بفوائد التأخير) وفى ٤ أبريل سنة ١٩٧٠ س ٤٥ ، ص ٢٥٧ . =

كما أن محكمة القضاء الادارى قد طبقت ذات المبادىء السابقة ، فهى تقرر فى حكمها الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٥٨ (السنتان ٢١ و ١٣ ص ٤٣) أن القانون المدنى يجيز فى المادة ٣٤٦ منه للمحكمة أن تمنح المدين أجلا أو آجالا اذا رأت محلا لذلك ، ولم يكن هناك ضرر للدائن وأنه « ··· ليس ثمة ما يمنع من الأخذ بهذا المبدأ بالنسبة الى معاملات الأفراد مع الحكومة باعتبار هذا النص يقرر حقا للمحاكم أساسه الرحمة بالمدين دون ما اضرار بالدائن · ومن ثم ترى المحكمة تمكينا للمدعى عليهما من الوفاء بالتزامهما وتمكينا للوزارة من استيفاء حقوقها قبلهما أن تقسط المبلغ الذى يلتزمان به على أقساط تطيقها مواردهما حتى لا تعجزهما المطالبة بالمبلغ كاملا وعلى دفعة واحدة » · كما أنها صاغت القاعدة حكمها الصادر فى ٢٢ مارس سنة ١٩٥٩ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١٧٩) على النحو التالى : « ··· ان المادة ١٨٧ من القانون المدنى (الخاصة بالتقادم) انما وضعت لتحكم روابط القانون الخاص التى تختلف عن روابط القانون العام ، فلا الزام على القضاء الادارى بتطبيقها كما هى على روابط القانون العام ما دام لا يوجد نص خاص يقضى بذلك · بيد أنه من المسلم فقها وقضاء أن للقضاء الادارى أن يقتبس من القواعد المدنية ما يتلاءم مع طبيعة روابط القانون العام ، كما له أن ينسقها ويطورها وفقا لاحتياجات سير المرافق العامة ، والتوفيق بين ذلك حقوق الأفراد والهيئات · ولا ترى المحكمة ثمة مانعا من تطبيق المادة المذكورة من القانون المدنى على روابط القانون العام أيضا » ·

= حكمها الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ ، س ١٥ ، ص ٦٤ (المادة ١٤٨ الخاصة بتنفيذ العقود) ·

— حكمها الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٧١ ، ص ١٦ ، س ١٩٧٥ (المادة ٤٤٧ الخاصة بالعيوب الخفية) ·

— حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧١ س ١٧ ، ص ١٢١ ، (المادة ٦٥١ مدنى الخاصة بالتقادم) ·

— حكمها الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ س ١٧ ، ص ٢٦٣ ، (المادة ٥٩٩ الخاصة بزيادة المدة فى العقود) وسوف نعود الى شرح هذا المبدأ فيما بعد·

— حكمها الصادر فى ١٩٧٤/٦/٢٩ (مجموعة المبادىء ص ١٩٤١) بتطبيق المادة ١٢٠ من القانون المدنى الخاصة بالغلط فى العقد وتطابق الارادتين ··· الخ ·

ومن ثم فان الخصائص الذاتية للعقود الادارية ، يجب ألا تحجب عن الأنظار القدر المشترك من الأحكام بينها وبين سائر العقـود ، ذلك القدر الذى يحكم جميع العقود لمجرد كونها عقودا ، وهو معنى كثيرا ما تبرزه المحكمة الادارية العليا فى أحكامها التى أشرنا اليها والتى سوف نعرض لها عند دراسة تفاصيل أحكام العقد الادارى ٠

٤ ـ ثم ان الدراسة فى موضوع العقود الادارية كانت فى أول الأمر تقتصر على سرد الأحكام الخاصة بكل عقـد ادارى ـ لا سيما العقود الادارية المسماة الهامة ـ على حدة ، وبهذا اتسمت دراسات الفقيه جيز ، وهو أول من درس باستفاضة أحكام العقود الادارية ٠ ولكن الدراسات الحـديثة تسـتهدف استخلاص الخصـائص الذاتية الموجودة فى العقود الادارية والتى تميزها عن عقود القانون الخاص سـواء أبرمتها الادارة أو الأفراد ٠ وهو ما سوف نلتزمه فى هـذا المؤلف ، على أن نبرز فى بعض الحالات الأحـكام الخاصـة بالعقـود الادارية الهامة ٠

ونرى أن نتناول الموضوع على النحو التالى :

القسم الأول : فكرة العقود الادارية فى فرنسا وفى مصر ٠

القسم الثانى : ابرام العقود الادارية ٠

القسم الثالث : الالتزامات التى تتولد عن العقود الادارية ٠

القسم الرابع : نهاية العقود الادارية ٠

القسم الأول

فكر العقود الادارية فى فرنسا وفى مصر

وندرس فى هذا القسم على التوالى :

أولا : نشأة العقود الادارية فى فرنسا وفى مصر .

ثانيا : معيار تمييز العقود الادارية .

ثالثا : التعريف بالعقود الادارية الهامة .

رابعا : قواعد الاختصاص فى مجال العقود الادارية .

الباب الأول
نشأة العقود الادارية فى فرنسا وفى مصر

الفصل الأول
نشأة العقود الادارية فى فرنسا

لم تنشأ نظرية العقود الادارية فى القانون الادارى الفرنسى الا فى تاريخ متأخر ، لا يكاد يتجاوز مطلع القرن الحالى ، فلقد كان المعيار المتبع فى توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية من ناحية والقضاء الادارى من الناحية الأخرى ، يرتكز على فكرة السيادة أو السلطة ، فالمنازعات التى تتعلق بأعمال السلطة «Les actes d'autorité» هى وحدها التى يختص بها القضاء الادارى . أما التصرفات العادية «Les actes de gestion» التى تهبط فيها الادارة الى مرتبة الأفراد العاديين ، فتبيع أو تشترى أو تستأجر ... الخ فانها تترك لاختصاص المحاكم العادية ، لأن التصرفات الأولى ، التى تنطوى على عنصر السلطان وخصائصه ، لا نظير لها فى القانون الخاص . ومن ثم فانها تندرج فى اختصاص المحاكم الادارية دون حاجة الى نص خاص . ومثال ذلك أن تفرض الادارة بارادتها المنفردة التزامات على الأفراد بعمل أو امتناع ، أو أن تصدر قرارا بالاستيلاء أو بالقبض على أحد الأفراد ... الخ

ووفقا لهذه النظرية ، التى سادت حتى مطلع القرن الحالى ، كانت العقود التى تبرمها الادارة تعتبر من قبيل التصرفات العادية التى تندرج فى اختصاص المحاكم القضائية[1] . وكانت المحاكم القضائية تطبق عليها بطبيعة الحال قواعد القانون الخاص .

---

(١) مطول لافيرير فى القضاء الادارى الطبعة الثانية ، الجزء الأول ، ص ٥٩٥ .

ولكن استثناء من القاعدة السابقة ، والتى تعتبر بمقتضاها عقود الادارة من قبيل التصرفات العادية التي تخضع لاختصاص المحاكم القضائية ، فان المشرع الفرنسى ، لأسباب خاصة ، قد نص على اختصاص المحاكم الادارية بالفصل فى المنازعات المتعلقة ببعض العقود التى تبرمها الادارة · ومن هذا القبيل قانون ٢٨ بليفوز ، السنة الثامنة ، الذى جعل من اختصاص مجالس الأقاليم ، النظر فى المنازعات المتعلقة بعقود الاشغال العامة ، وعقود بيع أملاك الدولة · وقانون ١٧ يوليو سنة ١٧٩٠ و ٢٦ سبتمبر سنة ١٧٩٣ الخاص بعقود القروض العامة التى تبرمها الدولة ، والمرسوم بقانون الصادر فى ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ الخاص بالعقود التى تتضمن شغلا للدومين العام ··· الخ · وقد أطلق الفقهاء على هذه العقود ، تسمية « العقود الادارية بتحديد القانون »
«Les contrats administratifs par détermination de la loi».
لأن اختصاص القضاء الادارى بتلك العقود لم يكن يستند الى خصائص ذاتية وانما يرجع الى ارادة المشرع ·

ولكن مجلس الدولة الفرنسى بذل جهدا كبيرا فى سبيل توسيع اختصاصه ، فقاس على العقود المنصوص عليها عقودا أخرى لم يرد بشأنها نصوص · وعلى هذا الأساس مد مجلس الدولة الفرنسى اختصاصه عن طريق القياس على عقد الأشغال العامة الى عقود طلب المعاونة ، والعقود الخاصة بالاضاءة وتوزيع المياه وغاز الاستصباح فى المدن ، والعقود التى تتعلق بكنس الشوارع ··· الخ استنادا الى أن تلك العقود تحتوى على عنصر الأشغال العامة[1] ·

ولما كان المسلك السابق يستند الى المعيار العام فى توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية والقضاء الادارى — وهو معيار السلطة العامة كما ذكرنا — فقد انهار حين عدل الفقه والقضاء عنه الى معيار « المرفق العام » «Le critère du service public» فمعيار

---

(١) راجع رسالة الدكتور ثروت بدوى ، سنة ١٩٥٥ بالفرنسية وموضوعها :
Le fait du prince dans les Contrats Administratifs».
ص ١٧ وما بعدها ·

السلطة العامة يعيبه الغموض ، لأنه لا يقدم فاصلا دقيقا بين أعمال السلطة العامة والتصرفات العادية ، كما أنه يضيق مجال القانون الادارى الى حد كبير اذ يخرج من نطاقه كل تصرف ادارى لا يكون مطبوعا بخصائص السلطة العامة . وأخيرا فانه يتجاهل مستلزمات الحياة الادارية الحديثة ، ذلك أن الادارة ، فى خارج نطاق فكرة السلطة ، قد تحتاج الى قواعد خاصة لتسهيل مهمتها فى تحقيق النفع العام[١] .

وعلى هذا الأساس أهمل مجلس الدولة الفرنسى فى مطلع القرن الحالى المعيار المستمد من فكرة السلطة العامة ، واستبدل به معيار المرفق العام ، كما صوره فى حكم «Terrier» الصادر فى ٦ فبراير سنة ١٩٠٣[٢] . فقد أوضح المفوض روميو فى تقريره الذى قدمه بهذا الخصوص ، أن اختصاص القضاء الادارى يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة ، قومية كانت أو محلية ، سواء أكانت وسيلة الادارة فى ذلك عملا من أعمال السلطة أو تصرفا عاديا . فالعقود التى تبرمها الادارة بهذا الخصوص هى أعمال ادارية بطبيعتها ، وبالتالى يجب أن يختص القضاء الادارى بالفصل فى كل ما ينجم عنها من منازعات .

واذا كان هذا التصوير من شأنه أن يجعل علاقة القانون الادارى بالمرفق العام علاقة حتمية ، فان المفوض روميو قد حرص فى تقريره السابق على أن يبرز أن فكرة المرفق العام ـ وان كانت ضرورية لكى يختص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بأعمال الادارة ـ فان الادارة حرة فى أن تلجأ الى وسائل القانون الخاص اذا رأت أن تلك الوسائل أنجع فى تسيير المرافق العامة .

وباعمال القواعد السابقة ، تكتسب عقود الادارة الصبغة

---

(١) راجع فى التفاصيل مؤلفنا مبادىء القانون الادارى وقد سبقت الاشارة اليه .

(٢) سيرى ، سنة ١٩٥٣ القسم الثالث ص ٢٥ مع تقرير المفوض روميو وتعليق هوريو .

الادارية ، لا بناء على ارادة المشرع ، ولكن استنادا الى خصائصها الذاتية • كما أنه لا يكفى أن ينص المشرع على أن المنازعات المتعلقة بعقد معين تدخل فى اختصاص المحاكم الادارية للقول باخضاعه لقواعد القانون العام ، بل يجب أن يحتوى العقد الذى تبرمه الادارة على خصائص ذاتية تجعل خضوعه لقواعد القانون العام أمرا حتميا •

ويترتب على هذا المسلك أيضا مرونة العقود الادارية ، فهى ليست محصورة سلفا فى عدد معين من العقود ، ولكن مجالها يمتد الى كل اتفاق تبرمه الادارة مع الأفراد ، وتنصرف نيتها الى أن تسبغ عليه الصفة السابقة •

الفصل الثانى

نشأة العقود الادارية فى مصر

ذكرنا فيما سبق أن أحكام العقود الادارية هى من صنع القضاء الادارى فى فرنسا • ولما كانت مصر لم تأخذ بنظام القضاء الادارى الا ابتداء من سنة ١٩٤٦ ، فليس من المستغرب أن نقرر من الآن ، أن نظرية العقد الادارى ، لم تعرف سبيلها الى القانون الادارى المصرى الا بعد التاريخ السابق • وهذا ما سوف نبرزه بدراسة الأوضاع القانونية قبل وبعد انشاء مجلس الدولة فى مصر ، فنستعرض فكرة العقد الادارى أمام المحاكم القضائية ثم أمام مجلس الدولة المصرى •

المبحث الأول

فكرة العقد الادارى أمام المحاكم القضائية

نستطيع أن نقول ـ دون مغالاة ـ ان المحاكم القضائية أهلية ومختلطة لم تعرف القواعد الادارية التى شادها مجلس الدولة الفرنسى لتحكم العقود الادارية والتى سنعرض لها تفصيلا فيما بعد ، بل كانت تطبق على عقود الادارة القواعد الواردة فى التشريعات الخاصة بكل عقد منها • فاذا لم يكن ثمة تشريعات خاصة ، طبقت القواعد الواردة فى القانون المدنى ، على أساس أن القاضى مهمته تطبيق القانون لا خلق القانون •

نجد هذا المعنى واضحا فى رفض القضاء الأهلى والمختلط الأخذ بنظرية الظروف الطارئة التى أقرها مجلس الدولة الفرنسى من تاريخ متقدم •

وعلى هذا الأساس أصدرت محكمة الاستئناف المختلطة حكما فى ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ أنكرت بمقتضاه على شركة مياه

الاسكندرية حقها فى طلب زيادة المقابل الذى تتقاضاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعا كبيرا ، وقررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودى مع الادارة ، وليس للقضاء أن يعتدى على حق الادارة فى هذا الخصوص لأن اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقات المبرمة بقصد العمل على احترامها دون تعديل فى شروطها[١] • وبذات المعنى قضت محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ فأعلنت أن القانون المصرى يجهل نظرية الظروف الطارئة وأن مهمة المحاكم تنحصر فى تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقات التى تعقد بحرية ، وأن هذه المبادىء تسرى على عقود الامتيازات التى تبرمها الادارة دون شك[٢] •

ولم تخرج المحاكم الأهلية على المسلك الذى التزمته المحاكم المختلطة ، كما يبدو ذلك من استعراض هذا الموضوع المشهور : تعاقد أحد الأفراد مع الادارة على توريد كمية كبيرة من الشعير فى وقت كان الشعير فيه مسعرا • ولما بدأ فى تنفيذ العقد ، ألغت الحكومة التسعيرة مما ترتب عليه ارتفاع سعر الشعير ارتفاعا ضخما • فتوقف المتعهد عن التوريد مما اضطرت معه الادارة الى شراء الكمية المطلوبة بالسعر المرتفع ، ثم رفعت دعوى على المتعهد لتطالبه بفرق الثمن • فدفع بالظروف الطارئة[٣] • ولكن محكمة أول درجة رفضت الدفع بقولها : « انه من المتفق عليه أن ارتفاع السعر أو تكبد المتعهد خسائر لم تكن فى حسبانه لا تخليه من الالتزام بالوفاء اذ أن ذلك لا يعد من الحوادث القهرية التى تعفيه من المسئولية »[٤] •

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة ، السنة ٣٦ ص ٢٨١ •

(٢) الجازيت ، السنة ١٦ ص ٢٥٥ •

(٣) لا يعنينا هنا ، هل كان الدفع صائبا أو غير صائب ، فسوف ندرس أحكام نظرية الظروف الطارئة تفصيليا فيما بعد • ولكن الذى يهمنا فى هذا المقام هو موقف القضاء عموما من النظرية باعتبارها تطبيقا للقواعد الادارية فى مجال عقود الادارة •

(٤) حكم محكمة الاسكندرية الأهلية الابتدائية فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ ، مجموعة رسمية سنة ١٩٢٧ حكم رقم ١١٦ ص ٢٢٣ •

وأمام محكمة الاستئناف ، ألغى الحكم الابتدائى السابق ، وقررت المحكمة ابراء ذمة المتعهد استنادا الى « انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن ليتوقعها العاقدان والتى تجعل التنفيذ مرهقا للمدين » ٠

ولكن محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ ، ألغت حكم الاستئناف لأنه « أخطأ فى تأويل القانون بتقريره المساواة بين الظرف الطارىء الذى قد يجعل تنفيذالالتزام مرهقا للملتزم ، وبين الحادث الجبرى الذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة وتقريره الأخذ فى كليهما بفسخ الالتزام على حساب الدائن وابراء ذمة المدين » ٠ أما بخصوص نظرية الظروف الطارئه ، فقد قالت : « ومن حيث انه وان كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعفو والاحسان ، الا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع الى ابتداعها ، فيكون عليها هى وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها ٠٠ »[1] ٠

وحكم النقض السابق يبرز الفارق الجوهرى بين القضاء العادى التطبيقى والقضاء الادارى ذى الطبيعة البريتورية ٠ وعلى أساس حكم النقض السابق عدلت محكمة الاستئناف عن مسلكها[2] ٠

وكما رفضت المحاكم القضائية أهلية ومختلطة أن يفيد المتعاقد مع الادارة من نظرية الظروف الطارئة ، استنادا الى النصوص المدنية ، فقد حالت بين الادارة وبين تعديل شروط العقد بارادتها المنفردة استنادا الى القوة الملزمة للعقود باعتبارها شريعة المتعاقدين ٠

أعلنت محكمة الاستئناف المختلطة المبدأ السابق فى حكمها الصادر فى ١٣ يونية سنة ١٨٩٤ ، بمناسبة محاولة الحكومة نقل سلخانة من مكانها فى وسط المدينة الى مكان آخر رغم ارادة الملتزم ، حيث تقول :

---

(١) مجموعة رسمية سنة ١٩٣٢ ، حكم رقم ١١٠ ص ٢١٠ ٠

(٢) راجع على سبيل المثال حكمها الصادر فى ٧ يونيو سنة ١٩٣٤ ، المحاماة السنة ١٥ ص ٥٦١ رقم ٢٦٦ ٠

« كما تولد الاتفـاقات بارادة الطـرفين ، فانها لا يمكن أن تعـدل خلال المدة المقررة لنفاذها الا برضاء الطرفين ، ومن ثم يكون الحكم الابتدائى قد أصاب اذ رفض طلب الادارة »[١] ٠

واعمالا لذات المبدأ استقرت أحكامها على منع الادارة من تغيير الرسـوم التى تتقضاها شركات الامتياز من المنتفعين بخدماتها[٢] ٠

وبالرغم من اخضاع العقـود الادارية للمبادىء المدنية بصفـة عامة ، فان بعـض الأحكام القضائية قـد أبرزت الصفات الخاصـة بالعقـود الادارية ، وعلاقتها بالمرفـق العام ٠ ففى حـكم لمحكمة الاستئناف المختلطة صادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ تقرر أنه فى حالة عدم وجود تشريعات خاصة لتنظيم العقود الادارية ، فانه على المحاكم عند التصدى للمنازعات المتولدة عن تلك العقود ، أن تراعى المبادىء الخاصة بالعقود الادارية والتى يمكن استمدادها من المبادىء العامة التى يقوم عليها القانون الادارى ، ذلك القانون الذى يوجد حتما فى كل دولة متحضرة[٣] ٠

ولكن هذا الاتجاه ظل نظـريا ، فلم يتمخض عن نظـام قانونى واضح المعالم للعقود الادارية ، يميزها عن عقود القانون الخاص ، حتى اضطر المشرع الى التدخل فى بعض الحالات والتى أهمها اصدار القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة ٠

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ، السنة السادسة ، ص ٣٤٥ ٠ ومع ذلك فقد خولت المحكمة للادارة حق نقل السلخانة الى المكان الجديد ، باعتبارها سلطة بوليس ، لا طرفا فى عقد ادارى ٠ راجع تعليق الدكتور ثروت بدوى على هذا الحكم ، فى رسالته بالفرنسية عن أعمال الأمير ، طبعة سنة ١٩٥٥ ، ص ٢٣ و ص ٥٢ ٠

(٢) محكمة القـاهرة المختلطة فى ٢ مارس سـنة ١٨٩٦ ، وقد أيدته محكمـة الاستئناف المختلطة فى حكمها الصادر فى ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ ، مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة ٨ ص ٣١٣ وحكم محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ ، الجازيت ، السنة ١٦ ص ٢٥٥ ٠

(٣) **« ... règles spéciales appliquées aux contrats administratifs, règlee qui decoulent des principes généraux du droit ...** ***le droit administratif existe nécessairement dans tout*** **Etat civilisé».**

مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة ٤٥ ص ١١٤ ٠

المبحث الثانى

فكرة العقد الادارى أمام مجلس الدولة

حينما أنشئت محكمة القضاء الادارى المصرى سنة ١٩٤٦ حددت المسائل الداخلة فى اختصاصاتها على سبيل الحصر · وهو المسلك الذى التزمه المشرع حتى سنة ١٩٧٢ · ولم يرد فى ذلك القانون شىء يتعلق بالعقود الادارية · وهكذا احتفظت المحاكم القضائية ـ أهلية ومختلطة ـ باختصاصها كاملا فى مجال العقود الادارية ، وان كان قسم الرأى بمجلس الدولة قد احتفظ بحق الفتوى فيما يعن للادارة من أمور منها ـ بطبيعة الحال ـ المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ·

وبقى الحال على ذلك حتى صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ، ليحل محل القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ ·

وقد استحدث هذا القانون فيما استحدثه النص فى المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الادارية التى تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر فى العقد · وقد اتسم هذا الاختصاص الجديد بتحديده من نواح ثلاث :

الأولى : أنه لم يمد اختصاص محكمة القضاء الادارى المصرية الى جميع أنواع العقود الادارية ، وانما قصر هذا الاختصاص على ثلاثة عقود أساسية هى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد الادارية · وقد بررت لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب هذا التحديد بقولها « ·· لأنه لا يشترط أن كل عقد تكون الادارة طرفا فيه يصدق عليه أنه عقد ادارى ، فكثيرا ما ترتبط الادارة كأى فرد من الأفراد بعقود عادية ، ولأن تكييف العقد بأنه ادارى كان ولا يزال موضع خلاف كبير ، ولم ينته استقراء الفقهاء الى ضابط يحدد المقصود من العقد الادارى تحديدا مانعا ، فالاقتصار فى هذا الصدد على تلك العقود المعينة يكفى هذا الخلاف الطويل » · ولا شك أن العقود الادارية

الثلاثة السابقة هى أهم العقود الادارية ، ولكنها ليست كل العقود الادارية • وبالتالى فان تبرير قصر الاختصاص على تلك العقود استنادا الى هذا الإعتبار كان فيه كثير من المغالاة ، لأن معيار تمييز العقود الادارية أصبح واضحا لدرجة كافية كما سنرى فيما بعد •

ولهذا فقد احتالت محكمة القضاء الادارى - فى ظل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ - لتوسع اختصاصها فى مجال العقود الادارية كما فعل مجلس الدولة الفرنسى من قبل ، فمدت اختصاصها الى عقود لم ترد فى النص استنادا الى اتصالها بعقد من العقود الثلاثة السابقة • ومن هذا القبيل حكمها الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ ، والذى جاء فيه : « وطبقا للمادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة تختص هذه المحكمة بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الادارية اختصاصا مطلقا شاملا لكل المنازعات وما يتفرع منها • وعلى هدى ما تقدم يتبين أن المنازعة موضوع الدعوى الغاء وتعويضا انما نشأت عن العقد الادارى الذى تعهد فيه المدعون بالمساهمة فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة هو مشروع انشاء مبنى المحكمة عن طريق هبة الأرض التى تقام عليها ومبلغ من المال ، فهى منازعة وثيقة الارتباط بعقد من عقود الأشغال العامة هو تشييد هذا المبنى بحيث تعتبر خاصة به ، وبالتالى تندرج فيما تختص المحكمة بنظره بمقتضى المادة المشار اليها ، ومن ثم يكون الدفع بعدم الاختصاص فى غير محله متعينا رفضة »[1] • وهكذا مد المجلس اختصاصه الى عقد تقديم المعاونة استنادا الى اتصاله بعقد الأشغال العامة المنصوص عليه •

الثانية : أن اختصاص القضاء الادارى وفقا لقانون سنة ١٩٤٩ لا يتناول جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية الثلاثة السابقة

(١) مجموعة أحكام المجلس ، السنة السادسة ، ص ٢١٤ •

وانما يقتصر على المنازعات التى تنشأ بين الحكومة وبين الطرف الآخر فى العقد . وقد أضافت لجنة العدل بمجلس الشيوخ هذا القيد وبررته بأن الفقرة المضافة قصد بها تحديد معنى المنازعات بحيث أخرج من اختصاص محكمة القضاء الادارى المنازعات التى تنشأ بين الملتزم أو المتعهد وبين باقى الأفراد عما يصيبهم من الأضرار بسبب تقصير المتعهد أو الملتزم ، فانها تكون دائما من اختصاص المحاكم العادية . وهذا الاطلاق محل نظر كما سنرى تفصيلا فيما بعد .

الثالثة : أن النظر فى المنازعات المتعلقة بالعقود الثلاثة السابقة فى الحدود التى رسمناها ، لم يكن من الاختصاص المطلق لمحكمة القضاء الادارى ، بل كان شركة بين المحاكم القضائية ومحكمة القضاء الادارى ، يلجأ ذو المصلحة الى أى من الجهتين يشاء مع احترام القواعد التى وضعها المشرع لمنع الجهتين من نظر ذات الموضوع . وكان ذلك أبرز العيوب التى شابت الاصلاح الذى حققه قانون سنة ١٩٤٩ . والغريب أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب قد بررت الاختصاص الجديد لمجلس الدولة بأنه « .. يتيح الفصل فيما ينشأ من المنازعات حول هذه العقود ، دون تقيد بالنصوص المدنية البحتة ويفسح المجال للأخذ فى شأنها بنظريات قد لا تتسع لها نصوص القانون المدنى ، كنظرية الظروف الطارئة التى وضع القضاء الادارى أساسها ، ولم تأخذ بها المحاكم العادية بعد لتأثرها بنظرية القوة القاهرة كما يعرفها القانون المدنى » . وواضح أن هذا التبرير يعارض أشد المعارضة جعل الاختصاص مشتركا بين المحاكم القضائية ــ المقيدة بنصوص القانون المدنى ونظرياته ــ وبين القضاء الادارى الحر .

ولعل منطق قانون سنة ١٩٤٩ ، والذى جعل المحاكم القضائية جهة الاختصاص العام بالمنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ، قد أثر على فتاوى قسم الرأى بمجلس الدولة ــ التى صدرت فى تلك الفترة ــ فجاءت فى معظم الحالات على هدى القواعد المدنية . ومع

ذلك على سبيل المثال فتوى قسم الرأى مجتمعا رقم ٢٦٠ فى ١٩٥٠/٨/٣٠ والتى جاء فيها : « ان النص فى العقد على بقاء الآلات والمعدات الموجودة بالموقع ملكا للحكومة اذا لم تقم الشركة بوفاء المبالغ المدفوعة اليها ، تبيعها الحكومة بدون اجراءات قضائية باطل ، لآن الأمر لا يعدو أن يكون اما بيعا وفائيا ، وهو باطل طبقا للقانون المدنى واما رهنا حيازيا وفى هذه الحالة يكون شرط البيع بدون اجراءات باطلا طبقا للمادتين ١١٠٨ و ١٠٥٢ من القانون المدنى »[١] وفتوى الشعبة رقم ٥٩٢١ الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ والتى تقول : « بما أنه بالرجوع الى نصوص العقد المبرم مع المقاول يبين أنها لم تعرض الى حالة تحلل الوزارة من العقد ، ومن ثم يتعين الرجوع الى القواعد العامة التى نص عليها القانون المدنى فى هذا الشأن[٢] » والفتاوى المطردة بخصوص الشروط الجزائية التى تضمنها الادارة عقودها من حيث اخضاعها للأحكام المدنية فى هذا الخصوص[٣] .

وهذا كله بعكس الخطة التى التزمتها محكمة القضاء الادارى فانها — على الرغم من اختصاصها المحدود المقيد على النحو السابق — قد اتجهت من أول الأمر الى تطبيق أحكام القانون الادارى على ما يعرض عليها من منازعات متعلقة بالعقود الادارية التى تدخل فى اختصاصها ، كما سنرى تفصيلا فيما بعد .

فلما وضع القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، تنبه الشارع الى ما فى الوضع السابق من عيوب ، لأنه من غير المعقول أن يترك للأفراد اختيار القواعد القانونية التى تحكم نوعا واحدا من المنازعات ، وهو ما كان يؤدى اليه الوضع السابق[٤] .

---

(١) مجموعة فتاوى المجلس ، السنتين ٤ و ٥ ص ٨٠ .
(٢) مجموعة فتاوى المجلس السنتين ٦ و ٧ ص ٧٣٦ .
(٣) فتوى الشعبة رقم ٢٥٥ فى ١٣ يناير سنة ١٩٥٣ ، السنتين ٦ و ٧ ص ٥٢٣ .
(٤) لأن المتعاقد مع الادارة كان فى وسعه أن يختار وفقا لمصلحته الخاصة بين القواعد الادارية أو المدنية التى تحكم النزاع ، وذلك عن طريق الاختيار بين المحاكم القضائية أو محكمة القضاء الادارى .

ولهذا نصت المادة العاشرة منه على أن « يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أ وبأى عقد ادارى آخر » ٠

وبررت المذكرة الايضاحية للقانون هذا الاختصاص الجديد بقولها « ولقد كان الفصل فى طلبات التعويض المترتبة على القرارات الادارية ، وكذلك الفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد وسائر العقود الادارية مشتركا بين القضاء الادارى والقضاء العادى ٠ ولا يخفى ما فى هذا الاشتراك فى الاختصاص من معايب ، أقلها التعارض فى تأصيل المبادىء القانونية التى تحكم هذه الروابط القانونية ، ولذلك رؤى أن يكون الفصل فيها من اختصاص القضاء الادارى وحده ، وهى الجهة الطبيعية باعتبار أن تلك الروابط من مجالات القانون الادارى أو القانون العام » ٠ ولاشك فى سلامة الاعتبارات التى آوردتها المذكرة الايضاحية ٠ ولقد بقى هذا النص رقما ولفظا فى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فى شأن تنظيم مجلس الدولة ٠

أما فى القانون الحالى لمجلس الدولة (رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) فان اختصاص القضاء الادارى بالمنازعات المتعلقة بالعقود الادارية قد ورد فى الفقرة رقم ١١ من المادة العاشرة والتى تنص على أن « تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية » ٠٠٠ حادى عشر : « المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد ادارى آخر » وهى ذات الصياغة الواردة فى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، وفى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ٠

هذا ويلاحظ أن النص فى القوانين الثلاثة المشار اليها قد أطلق اختصاص القضاء الادارى بالنظر فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية من جميع القيود السابقة ، فلم يعد ذلك الاختصاص مقصورا على عدد معين من عقود الادارة ، بل شمل جميع العقود الادارية ، وامتد الى كافة المنازعات المتعلقة بتلك العقود ٠

وهكذا أصبح الوضع طبيعيا بعد صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، اذ توحدت جهة الاختصاص فى موضوع العقود الادارية ، وبالتالى توحدت القواعد الموضوعية التى تحكم المنازعات المتعلقة بها ، وأصبح اتجاه مجلس الدولة المصرى الى تطبيق القواعد الادارية فى هذا المجال ، اتجاها حقيقيا لا يحد منه ، أو ينقص من قيمته ، التزام المحاكم القضائية بتطبيق القواعد المدنية ·

ولقد كان لهذا التغيير الجوهرى أثره المباشر على فتاوى القسم الاستشارى ، فاذا كان قسم الرأى معذورا قبل صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فى أن يتأثر — ان كثيرا أو قليلا — بالقواعد المدنية ، فلأن المحاكم القضائية ذات الاختصاص العام فى مجال عقود الادارة — مدنية أو ادارية — حتى صدور القانون السابق كانت مقيدة بالنصوص المدنية ، وكان من المستحسن أن يكون ثمة انسجام بين الفتاوى والأحكام · أما بعد صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فلم يكن ثمة مناص من التزام القواعد الادارية فى مجال الفتاوى مسايرة لقضاء المجلس المستقر فى هذا الصدد · وهذا ما فعله القسم الاستشارى · ونكتفى فى هذا الخصوص بأن نذكر على سبيل المثال فتويين من فتاويه التى تكشف عن هذا التحول :

أولا : فتوى الجمعية العمومية رقم ٦٣٧ بتاريخ ١٩٥٦/١٠/٢٢ بخصوص غرمات التأخير وقد جاء فيها : « ان العقود الادارية تختلف فى طبيعتها عن العقود المدنية ، ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة ، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافىء ، اذ يجب أن يراعى فيها دائما تغليب الصالح العام على الصالح الخاص · وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره ،كما أن الادارة تراعى فى الشروط الجزائية المنصوص عليها فى عقد ما ، ملاءمتها لطبيعة هذا العقد وقيمته وموجبات السرعة فى تنفيذه وضرورة اتمام هذا التنفيذ فى وقت معين وطريقة معينة حتى تكفل انتظام سير المرفق العام · هذا فضلا عن

أن المتعاقد مع الادارة يقبل التعاقد مقدما بجميع الشروط والظروف المحيطة بالعقد ، وينبنى على ذلك أنه فى حالة التأخير فى تنفيذ العقود الادارية يكون الضرر مفترضا وقائما حتما بمجرد حصول التأخير لما ينطوى عليه التراخى فى تنفيذ هذه العقود ـ فى حد ذاته وبغض النظر عما عساه يقع من أضرار أخرى ـ من اخلال بالنظم والترتيبات التى تضعها الادارة وتحرص على التزامها من تعويق ولو جزئى لحسن سير دولاب الأعمال الحكومية وتتابع حلقاته وترابطها • وفى ذلك الاخلال وهذا التعويق مساس ولا ريب بالصالح العام ، الذى ينبغى أن يكون دائما محلا للاعتبار فى العقود الادارية » •

ثانيا : فتوى الجمعية العمومية رقم ١٣٣ بتاريخ ٤ فبراير سنة ١٩٥٦ ، وهى وان كانت خاصة بعقد الالتزام ، الا أنها فى عمومها تصدق على باقى العقود : جاء فى تلك الفتوى : « من المسلم فقها وقضاء أن مانح الالتزام يملك بارادته المنفردة تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم • وحق تعديل الشروط اللائحية مستمد من طبيعة موضوع العقد وهو المرفق العام ، اذ القاعدة الأساسية أن السلطة هى صاحبة الكلمة العامة فى تنظيم وادارة المرافق العامة لتعلق ذلك بالصالح العام • فاذا تغيرت الظروف وأصبح نظام المرفق الذى تقرر وقت التعاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة ، ولا يحقق المنفعة التى أنشىء لتحقيقها ، كان للسلطة العامة مانحة الالتزام أن تغير هذا النظام وأن تفرض على الملتزم بمحض سلطتها النظام الذى تراه أدنى الى تحقيق المصلحة العامة •••

« ولقد أخذ المشرع المصرى بما استقر عليه الفقه والقضاء الاداريين فى هذا الشأن ، اذ نص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة فى المادة الخامسة منه على أن « لمانح

الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعـة العـامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفـق العـام موضـوع الالتزام أو قـواعد استغلاله » •

فكأن الجمعية العمومية للقسم الاستشارى ترى أن النص السابق ان هو الا مجرد تطبيق للنظرية العامة فى العقود الادارية •

وسوف نعرض عند تصدينا لدراسة الأحكام التفصيلية لنظرية العقـد الادارى الى أهم الفتـاوى المنشـورة لقسم الرأى فى هـذا الخصوص •

الباب الثانى

معيار تمييز العقود الادارية

ليس كل عقد تبرمه الادأرة عقدا اداريا يخضع للقانون العام ويكون الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة به للقضاء الادارى ، بل يقتصر ذلك على فئة خاصة من عقود الادارة كما ذكرنا ، هى التى يطلق عليها اصطلاح « العقود الادارية » • فكيف يمكن تمييز العقود الادراية عن عقود الأفراد وعقود الادارة التى تخضع للقانون الخاص ؟! لقد رأينا فيما سبق أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب قد استندت الى صعوبة التمييز بين النوعين السابقين من العقود ، لكى تبرر قصر اختصاص القضاء الادارى المصرى على ثلاثة عقود فحسب بمقتضى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ على التفصيل السابق • واذا كان معيار التمييز بين العقود الادارية وغيرها دقيقا فى بعض الأحيان ، فان الفقه والقضاء الاداريين قد وصلا به الى درجة كبيرة من الوضوح فى الوقت الحاضر • ولما كان مجلس الدولة المصرى قد سار على غرار مسلك مجلس الدولة الفرنسى ، فاننا سنكتفى بعرض المعيار المستقر فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى مع الاشارة الى قضاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الخصوص ، ومع ابراز خصائص وضعنا القانونى فى الحالات التى يختلف فيها هذا الوضع فى مصر عنه فى فرنسا •

والعقود الادارية فى فرنسا تنتمى فى الوقت الحاضر الى طائفتين :

أولا : العقود الادارية بتحديد القانون •

ثانيا : العقود الادارية بطبيعتها •

وسوف نشير الى النوعين على التوالى :

الفصل الأول

العقود الادارية بتحديد القانون

رأينا عند تصدينا لدراسة نشأة العقود الادارية فى فرنسا ، أن اختصاص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات الناجمة عن عقود الادارة ، لم يكن فى أول الأمر عاما ، بل تناول عقودا بعينها من عقود الادارة أدرجها المشرع فى اختصاص القضاء الادارى الفرنسى ، سواء فى اختصاص المجالس الاقليمية «Les conseils de préfecture» ــ التى أصبحت تسمى فى الوقت الحاضر بالمحاكم الادارية الاقليمية ــ أو فى اختصاص مجلس الدولة . ولما كان مجلس الدولة يطبق قواعد القانون العام ، فقد ترتب على ذلك أن اعتبرت تلك العقود عقودا ادارية بتحديد القانون Contrats administratifs par détermination de la loi.

وقد استند المجلس الى تلك النصوص ــ كما ذكرنا ــ لكى يدخل فى اختصاصه المنازعات المتعلقة بكثير من عقود الادارة والتى لم يرد النص عليها صراحة ، اذا وجد بينها وبين العقود المنصوص عليها صلة .

ولقد كان هذا المسلك مفيدا فيما مضى ، حينما كان القانون الادارى يقوم على معيار السلطة العامة ، تلك الفكرة التى تستبعد العقود الادارية ــ باعتبارها مجرد تصرفات عادية لا تنطوى بطبيعتها على عنصر السلطان ــ من نطاق القانون الادارى . ولكن بعد أن هجر المعيار السابق ، أصبحت طائفة العقود الادارية بتحديد القانون محل نظر ، بل وأضحت لا تنسجم مع الأفكار التى يقوم عليها القانون الادارى الحديث . ذلك أننا لو استعرضنا العقود الادارية بتحديد القانون كما هى واردة فى القانون الادارى الفرنسى لوجدنا أنها ــ كما لاحظ فقهاء القانون العام بحق ــ تنتمى الى احدى طوائف ثلاث :

أولا : أن بعض العقود الادارية بتحديد القانون هى باستمرار ووفقا لطبيعتها الذاتية، عقود ادارية «Contrats administratifs par nature» ومن أوضح الأمثلة على ذلك عقد الأشغال العامة ، فهو من أوائل العقود الادارية بتحديد القانون ، وهو فى ذات الوقت عقد ادارى بطبيعته ، وقد كان الأساس الذى استند اليه القضاء الادارى الفرنسى — بل والمصرى فى الفترة ما بين سنة ١٩٤٩ وسنة ١٩٥٥ — لسحب اختصاصه الى كثير من العقود الادارية بطبيعتها اذا ما تضمنت عنصرا من عناصر الأشغال العامة(١) ٠ وحينئذ يكون النص على ادراج العقد فى نطاق اختصاص القضاء الادارى من قبيل تحصيل الحاصل ، ويمكن اعتبار العقد عقدا اداريا بطبيعته لا بتحديد القانون ٠

ثانيا : وأحيانا — وهو الغالب — يكون العقد الذى نص على اختصاص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة به ، غير ادارى بطبيعته فى جميع الأحوال ، فهو — وفقا لخصائص العقود الادارية الذاتية والتى سنشرحها بالتفصيل فيما بعد — قد يكون اداريا أو من عقود القانون الخاص بحسب الأحوال ٠ وهنا تثور فكرة العقود الادارية بتحديد القانون لو تحتم اعتبار العقد فى جميع الحالات عقد اداريا لمجرد أن المشرع قد جعل الفصل فى المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الادارى ٠ ولكن مجلس الدولة

---

(١) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة المصرى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ السنة السادسة ص ٢١٤ ، حيث يقول : « طبقا للمادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة تختص هذه المحكمة بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الادارية ٠٠٠ وعلى هدى ما تقدم يتبين أن المنازعات موضوع الدعوى الغاء وتعويضا انما نشأت عن العقد الادارى الذى تعهد فيه المدعون بالمساهمة فى نفقات مشروع الأشغال العامة هو مشروع انشاء مبنى المحكمة عن طريق هبة الأرض التى تقام عليها ومبلغ من المال ، فهى منازعة وثيقة الارتباط بعقد من عقود الأشغال العامة هو تشييد هذا المبنى بحيث يعتبر خاصة به وبالتالى تندرج فيما تختص المحكمة بنظره بمقتضى المادة المشار اليها ٠٠٠ » ٠

وهكذ مد المجلس اختصاصه الى عقد تقديم المعاونة عن طريق ادراجه فى نطاق الأشغال العامة ٠

الفرنسى لا يميل الى التزام الخطة السابقة فى جميع الحالات ، بل اعتنق تفسيرا مقتضاه ألا ينعقد اختصاصه فى هذه الحالة الا اذا كان العقد اداريا بطبيعته ، ومن هذا القبيل عقود التوريد ·

ثالثا : وأخيرا ، فقد يكون العقد المنصوص على اختصاص القضاء الادارى بالمنازعات المتعلقة به من عقود القانون الخاص فى جميع الحالات · وهنا نكون أمام فكرة العقد الادارى بتحديد القانون كاملة · ومن أوضح الأمثلة عليها المنازعات المتعلقة بعقود بيع أملاك الدولة الخاصة العقارية «Les ventes d'immeubles de l'Etat» والمسلم به أن ادراج مثل تلك المنازعات فى نطاق الاختصاص الادارى ، هو أمر منتقد ، ويرجع الى أسباب تاريخية خاصة بظروف فرنسا الاجتماعية والسياسية · ومن ثم فان المجلس يضيق من اختصاصه بتلك المنازعات الى أقصى حد ممكن[1] ·

هل لفكرة « العقود الادارية بتحديد القانون » مجال فى مصر ؟!

ترجع الفكرة السابقة ـ كما رأينا ـ الى ادارج المنازعات المتعلقة بعقد من العقود فى نطاق اختصاص القضاء الادارى · وبالرجوع الى القوانين التى نظمت اختصاص مجلس الدولة المصرى نجد أن القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ لم يتضمن أية اشارة الى عقود الادارة · ثم ورد النص بعد ذلك فى القوانين اللاحقة على النحو التالى :

أولا : المادة ٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ونصها : « تفصل محكمة القضاء الادارى فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الادارية ·· » ·

ثانيا : المادة ١٠ من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ وتقول : « يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء

---

(١) راجع فى تفاصيل كل ما سبق ، مطول دى لوبادير فى العقود ، المرجع السابق ص ٣٧ وما بعدها من الجزء الأول ·

اداری دون غیره فی المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأی عقد اداری آخر » ٠

ثالثا ـ الفقرة رقم ١١ من المادة العاشرة من القانون الحالی وتقصر علی محاکم مجلس الدولة الفصل « فی المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأی عقد اداری آخر » ٠

ولقد کانت صیاغة المادة ٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ توحی بأن العقود الثلاثة الواردة بها هی عقود ادارية بتحديد القانون ٠ ولکن فحص النص عن کثب يؤدی الی العکس : فالمسلم به فقها وقضاء ـ کما سنری ـ أن عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة هی عقود ادارية دائما وفقا لخصائصها الذاتية ، ولصلتها الوثيقة بمبادیء القانون العام ٠ أما العقد الثالث وهو عقد التوريد ، فهو العقد الذی قد یکون اداریا أو غیر اداری وفقا لارادة الادارة ٠ ولهذا فقد حرص نص المادة الخامسة علی أن ینعته صراحة بصفة « الادارية » مما کان یستبعد من اختصاص المجلس المنازعات المتعلقة بعقود التوريد غیر الادارية ٠ وهذا هو المستفاد من الأعمال التحضيرية التی صاحبت صیاغة المادة الخامسة السابقة ، والتی أشرنا الی بعضها فيما سلف ٠ أما صیاغة المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ وکذلك الفقرة ١١ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، فهی قاطعة ، اذ جاء فیها ذکر العقود الادارية الثلاثة علی سبیل التمثيل ، يؤيد ذلك نهاية المادة التی تقول « ٠٠٠ أو بأی عقد اداری آخر » ٠

ومن ثم فاننا ننتهی[1] الی استبعاد فکرة « العقود الادارية بتحديد القانون » من نطاق القانون المصری ٠ وحسنا فعل المشرع لأن اختصاص القضاء الاداری یجب أن یقتصرعلی مجالات القانون العام ٠ أما تطبيق قواعد القانون الخاص ، فالمحاکم القضائية أدری

(١) وکان هذا رأینا من أول الأمر ٠

به وبمقتضياته من القضاء الادارى • وهذا هو ما انتهت اليه محكمة القضـــاء الادارى المصرية فى حكمها الصـــادر فى ٩ ديسمبر ســنة ١٩٥٦ حيث تقول ــ بعد أن استعرضت مختلف المراحل التى مر بها اختصاص مجلس الدولة المصرى فى مجال العقود الادارية ــ « •• فلم يعد هذا الاختصاص مقصورا على عدد معين من عقــود الادارة بل انطوى على كافة العقــود الادارية وامتد الى مختــلف المنازعات المتعلقة بتلك العقود ••• فقــد أصبحت العقــود الادارية فى مصر عقودا ادارية بطبيعتها ، ووفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقا لارادة الشارع[1] ••• » • وسوف نزيد هذا الأمر تفصيلا فيما بعد •

(١) القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية (الســيد/ محمد زيدان ضد وزارات الزراعة والمعارف والتموين والمالية) ، س ١١ ، ص ٧٦ •

الفصل الثانى

المعيار القضائى فى تمييز العقود الادارية

يمكن تعريف العقد الادارى ، وفقا للغالب فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، بأنه « ذلك الذى يبرمه شخص معنوى عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه ، وتظهر فيه نية الادارة فى الأخذ بأحكام القانون العام ، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة فى القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الادارة الاشتراك مباشرة فى تسيير المرفق العام » .

ويقوم المعيار ـ كما هو واضح من التعريف السابق ـ على أسس ثلاثة وهى :

١ ـ أن تكون الادارة طرفا فى العقد .

٢ ـ صلة العقد بالمرفق العام .

٣ ـ وسائل القانون العام .

هذه هى الأسس التى يقوم عليها العقد الادارى بطبيعته وفقا للرأى الغالب ، مع خلاف فى التفاصيل .

وهذا هو الرأى الذى أخذت به محكمة القضاء الادارى ، وقسم الرأى ، واعتمدته المحكمة الادارية العليا ، ثم أقرته أيضا المحكمة الدستورية العليا باعتبارها محكمة تنازع ، وذلك على النحو التالى :

١ ـ أما محكمة القضاء الادارى فانها تقول فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ « ... وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن العقد المبرم بين شخص معنوى عام وبين أحد الأفراد لايستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الادارية ، بل ان المعيار المميز لهذه لعقود عما عداها من عقود القانون الخاص ، ليس فى صفة المتعاقد ،

بل فى موضوع العقد متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه مشتركا فى ذلك وعلى درجة متساوية بظهور نية الشخص المعنوى العام فى أن يأخذ فى العقد بأسلوب القانون العام وأحكامه فيضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص[1] .. » .

٢ — ثم ان الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع قد أخذت بذات التعريف . فهى مثلا فى فتواها رقم ٦٣٧ بتاريخ ١٩٥٦/١٠/٢٣[2] تقرر « ان العقود الادارية تختلف فى طبيعتها عن العقود المدنية ، ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام ، وشخص من أشخاص القانون الخاص ، بقصد تحقيق مصالح عامة ، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافىء ، اذ يجب أن يراعى فيها دائما تغليب الصالح العام على الصالح الخاص وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره ، كما أن الادارة تراعى فى الشروط الجزائية المنصوص عليها فى عقد ما ملاءمتها لطبيعة هذا العقد وقيمته وموجبات السرعة فى تنفيذه فى وقت معين وبطريقة معينة حتى تكفل انتظام سير المرفق العام . هذا فضلا عن أن المتعاقد مع الادارة يقبل التعاقد وهو عالم مقدما بجمع الشروط والظروف المحيطة بالعقد . » .

٣ — كما أن قضاء المحكمة الادارية العليا قد استقر بدوره على

---

(١) القضية رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ قضائية . وبنفس المعنى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ٢٢٣ لسنة ١٠ قضائية) وقد جاء فيه : « ان العقد الادارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن يظهر نيته فى هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه ، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص «Clauses exorbitantes» وراجع حكمها الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٥٧ ، السنة ١١ ص ٢٥٤ وفى ١٢ مايو سنة ١٩٥٧ الحكم رقم ١٤٧٢ لسنة ١٠ قضائية ويبدأ كل من الحكمين بعبارة « وقد استقر قضاء هذه المحكمة ... » .

(٢) مجموعة المبادىء التى قررتها الجمعية المشار اليها ، للأستاذ أحمد سمير أبو شادى ، طبعة سنة ١٩٦٤ ص ٧٥١ برقم ٤٣٧ .

المعيار السابق . فالمحكمة تقرر مثلا فى حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٥٢٧) « أن العقد يعتبر اداريا اذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ، متصلا بمرفق عام ، ومتضمنا شروطا غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص .. » وهى تطبق هذا المبدأ - فى حكمها الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٨٩٠) - على حالة بعينها فتقول : « .. ان عقد ايجار ملاحة بور فؤاد المبرم بين شخص ادارى ، هو وزارة الحربية وبين المدعى يتصل بنشاط متعلق بمرفق عام ، يخضع فى ادارته للرأى الأعلى للسلطة الحاكمة ، ويقوم على تمكين أحد الأشخاص من الانفراد باستغلال مال عام والاستئثار به بطريقة تؤثر فى هذا المرفق ، وهو مرفق الصيد الذى يحقق للخزانة العامة للدولة مصلحة مالية ، ويسد فى الوقت ذاته حاجة عامة مشتركة بتوفيره للجمهور غذاء شعبيا هاما ، مستهدفا بذلك النفع العام . وقد تضمن كما يتضح من مطالعة بنوده ، شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص ، وأخرى تنبىء فى جملتها عن انصراف نية الادارة الى اتباع أسلوب القانون العام ، والأخذ بأحكامه ووسائله فى شأنه ، مستخدمة فى ذلك الامتيازات والحقوق المقررة لها بوصفها سلطة عامة ، ومعتمدة فى تعاقدها على فكرة السلطة وعلى تمتعها بقسط من سيادة الدولة وسلطانها ، الأمر الذى يخضع هذه الرابطة - التى تتوافر فيها مميزات العقد الادارى وخصائصه - لأحكام القانون الادارى ، وبالتالى لاختصاص القضاء الادارى » .

وما تزال المحكمة تعمل - فى قضائها الحديث ، وباطراد - هذا المعيار الثلاثى ، سواء لاضفاء الصبغة الادارية على العقد ، أو لرفضها . ومن قضائها الحديث نسبيا فى هذا الصدد أحكامها الصادرة فى ٢ يناير سنة ١٩٦٥ ، س ١٠ ص ٣٨٦ ، وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٦٧ ، س ١٢ ، ص ١٠٩٤ ، وفى أول يوليو سنة ١٩٦٧ ، س ١٢ ، ص ١٢١٧ وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٧ ، س ١٣ ، ص ٣٥٩ ، وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ س ١٣ ، ص ٥٥٧ . وفى هذا الحكم

وفى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ، س ١٣ ، ص ٨٧٤ وفى هذا الحكم انتهت المحكمة الادارية العليا الى نفى الصفة الادارية عن العقد . شرحت المحكمة عناصر المعيار الثلاثة بالتفصيل ، وفى ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ س ١٣ ، ص ٩٥٣ وهو أيضا من الأحكام المفصلة فى هذا الخصوص . وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ ، س ١٧ ص ٢٦٣ ... الخ فقضاء المحكمة مستقر ومطرد فى هذا الخصوص ، وسوف نعود الى معظم هذه الأحكام فيما بعد .

٤ ـ وأخيرا فقد أتيح للمحكمة الدستورية العليا ـ باعتبارها محكمة تنازع ـ أن تتعرض لمعيار العقد الادارى ، فى كثير من أحكامها ، والتى نكتفى منها بحكمها الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٨٠ (القضية رقم ٧ لسنة ١ قضائية ، المجموعة ، ص ٢٤٤) حيث تؤكد « يتعين لاعتبار العقد عقدا اداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ، يتعاقد بوصفة سلطة عامة ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام ، بقصد تسييره أو تنظيمه ، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الادارية ، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة الى روابط القانون الخاص » . (وهى ذات الصيغة التى رددتها المحكمة فى حكمها الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ فى القضية رقم ١٠ لسنة ٤ قضائية) .

وهذا المعيار يأخذ بالراجح فى الفقه والقضاء الفرنسيين . وفيما يلى نعرض لهذه العناصر الثلاثة بالتفصيل .

المبحث الأول

أن تكون الادارة طرفا فى العقد

وهذا العنصر الأول فى العقود الادارية لا يكاد يحتاج الى شرح : فالعقود الادارية هى طائفة من عقود الادارة ، وبالتالى فان العقد الذى لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن

أن يعتبر عقـدا اداريا بحال من الأحـوال ٠ كما أن كون الادارة طرفا في عقد ما ، لا يحوله مباشرة الى عقـد ادارى اذا لم يتوافر فيه الشرطان الآخران ٠ ويكفى فى هذا الصدد أن نورد الملاحظات التالية :

١ ـ من أشخاص القانون العام ما لا شك فى صفته الادارية ، وبالتالى فان صفة العقود التى يبرمها ليست محل شك ، ومن ذلك الأشخاص العامة الاقليمية (وهى الدولة ، والمحافظـة والمـركز والمدينة والحى والقـرية) والأشخاص المصـلحية وهى الهيئـات العامة[1] ٠

على أن القضاء الادارى قد اعترف بقيام أشخاص معنوية عامة أخرى ـ سواء فى فرنسا أو فى مصر ـ ذلك أن الأفكار الاشتراكية والاقتصاد الموجه الذى ساد العالم عقب الحربين العالميتين الأخيرتين قد أدى الى ظهـور منظمات جـديدة ، لم تألفها النظم الحكومية من قبل ، تشرف على كثير من نواحى النشاط الخاص أو المهنى ، وتتمتع بقدر كبير من السلطات العامة ٠ ومن ثم فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى فى حكميه الشهيرين فى قضيتى «Monpeurt et Bouguen» الى أن تلك المنظمات تعتبر من أشخاص القانون العام[1] ٠ وبهذا المسلك أخذت محكمة القضاء الادارى المصرية فيما يتعلق بالنقابات المهنية المختلفة كنقابة المحـامين والأطبـاء والمهندسـين ٠٠٠ الخ وبطركخانة الأقباط الأرثوذكس ، والمجلس الملى العام ، والمجـلس الصوفى الأعلى ٠٠٠ الخ[2] ٠ ويترتب على الاعتراف بالصفة العامة للأشخاص المعنـوية السـابقة أن تكون العقود التى تبرمها ادارية اذا ما استوفت باقى الشروط[3] ٠

---

(١) يلاحظ الغاء المؤسسات العامة سنة ١٩٧٥ ٠

(١ و ٢) فى التفاصيل مؤلفنا « مبادىء القانون الادارى » وقد سبقت الاشارة اليه ٠

(٣) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Moulins de Boissy» المجموعة ص ٣١٥ ويتعلق بعقد أبرمته «Le comité d'organisation de la meunerie»

٢ - ولقد أدت الثورة الاشتراكية لدينا - لا سيما فى أعقاب قوانين يوليو سنة ١٩٦١ الشهيرة وما تلاها - الى سيطرة القطاع العام على أكثر من ٨٠٪ من مجالات النشاط الاقتصادى التى كانت متروكة للنشاط الفردى فيما سبق · ولقد سلك المشرع لدينا فى ادارة المشروعات المؤممة ، أحد طريقين :

فهو قد أضفى على بعض هذه المشروعات وفقا لقانون سنة ١٩٧٥ الشخصية المعنوية العامة صراحة ، ومن ثم اكتسبت تلك المشروعات الشخصية المعنوية العامة وصار من حقها ممارسة وسائل السلطة العامة طبقا للنظام القانونى للمؤسسات العامة المقرر بمقتضى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ والقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ المنظم للمؤسسات العامة وما يتبعها من وحدات اقتصادية ، ومن بينها أن تختار طريق العقود الادارية · ونحيل فى شرح التفاصيل الى مؤلفنا « مبادىء القانون الادارى » فى طبعاته المتعددة · والمؤسسة العامة - طبقا للتعريف الذى أوردته المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣[1] - هى « شخص من أشخاص القانون العام ، تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو زراعيا أو ماليا أو تعانيا ولها ميزانية مستقلة تعد على نمط الميزانيات التجارية »

والطريق الآخر الذى سلكه المشرع لدينا ، هو الاحتفاظ للمشروع العام بصورة الشركة المساهمة ، التى تخضعللقانون الخاص فى مزاولة نشاطها ، فيما عدا الأحكام التى يستثنيها المشرع صراحة أو التى لاتتفق وتملك الدولة لجميع أسهم المشروع · والمسلم به لدى معظم فقهاء القانون العام - سواء فى فرنسا أو فى مصر - أن هذه الشركات هى أشخاص من أشخاص القانون الخاص ، وتخضع أساسا لأحكام القانون الخاص ·

---

(١) الذى ميز بين المؤسسات والهيئات العامة لأول مرة فى مصر · راجع فى التفاصيل أيا من طبعات مؤلفنا « مبادىء القانون الادارى » التى صدرت بعد سنة ١٩٦٣ ·

ولكن بعض الزملاء كما ذكرنا — وقد هالهم أوجه الخلاف بين هذه الشركات (والجمعيات التعاونية التى تملك الدولة رأسمالها) وبين الأوضاع التقليدية القائمة فى ظل النظام الرأسمالى — انتهوا الى « ٠٠٠ أن شركات المساهمة العامة تختلف اختلافا جذريا عن شركات المساهمة الخاصة التى ينظمها القانون المدنى ، والقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٤ (قانون شركات المساهمة) وأن هذه الشركات العامة شركات مساهمة بالاسم فقط ، وأنها فى حقيقتها من أجهزة الدولة الادارية ٠٠ ونظرا لأن شركات المساهمة العامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية ، فانها تعتبر فى نظرنا أشخاصا ادارية عامة ، بل انها فى حقيقتها يجب أن تعتبر فى ظل قامون المؤسسات العامة الجديد — رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ — مؤسسات عامة »[1] ٠

وطبق ذات الرأى بالنسبة الى الجمعيات التعاونية التى تنشئها المؤسسة العامة بمفردها[2] ٠

ولسنا هنا بصدد تتبع الحجج المسهبة التى أوردها الرأى السابق فى هذا الخصوص ، فان ذلك يخرج بنا عن النطاق المحدد لدراسة نظرية العقد الادارى ٠ وانما يعنينا أن نوضح — للمرة الثانية — أن هذا الرأى يكشف عن عدم الاستقرار الذى يصاحب مرحلة التحول التى تجتازها نظمنا القانونية ، والتى أشرنا اليها فى مقدمة

---

(١) الأستاذ الدكتور فؤاد مهنا ، مؤلفه السابق ، ص ١٧٨ — ١٧٩ ٠ وقد تابعه فى رأيه فقهاء آخرون ٠

(٢) يقول بهذا الخصوص فى صفحة ١٩٤ من مؤلفه الذى سبقت الاشارة اليه : « لهذا كله نرى أن الجمعيات التعاونية التى تنشئها المؤسسة العامة بمفردها لا يمكن اعتبارها جمعية تعاونية خاصة يحكمها قانون الجمعيات ٠٠٠ وانما هى فى الواقع وبحكم القانون جهاز ادارى من أجهزة المؤسسة العامة أو فرع من فروع المؤسسة ٠ وهى بالتالى ، وبهذه الصفة من أجهزة الدولة الادارية ، شأنها فى ذلك شأن باقى الأجهزة الادارية فى الدولة كالمصالح العامة والادارية التابعة للوزارات وان كانت تختلف عنها بأنها جهاز لا مركزى نظرا لأنها تتبع مؤسسة عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية ٠ وتأسيسا على هذا نرى أنه من الخطأ اطلاق اسم الجمعيات التعاونية عليها ، لأنها فى حقيقتها ليست جمعيات ولا يتضمن نظامها أى عنصر من عناصر النظام التعاونى بالتحديد السابق ذكره » ٠

هذه الطبيعة · وفى خصوص هذا الموضوع بالذات يخيل الينا أن ثمة خلطا بين أمرين :

موضـوع تملك الدولة رأس مال الوحـدة الاقتصادية التابعة للمؤسسة وموضـوع ادارة الوحـدة الاقتصـادية · فـاذا كانت الاشتراكية توجب تملك الدولة لكثير من المشروعات لتحقيق الأهداف التى حددها ميثاق العمل الوطنى ثم دستور سنة ١٩٧١ فيما بعـد فان الدولة حرة بعد تملكها لتلك المشروعات فى أن تختار طريقـة ادارتها بما يحقق الصالح العـام · وفى الدول التى تحتفظ بمبدأ التمييز بين القانون العام والقانون الخاص ـ كما هو الشأن فى مصر وفى كثير من الدول كفرنسا وبلجيكا ··· الخ ـ يتعين أن يحـدد المشرع موقفه بخصوص النظام القانونى الذى يجب أن يسير المشروع العام فى نطاقه · فاذا شاء أن يخضعه للقانون العام ، تعين أن يفرغه فى الصورة المناسبة وهى لدينا صورة المؤسسة العامة[1] · أما اذا أراد أن يبقى على المشروع فى نطاق القـانون الخاص ، فانه يختار الأساليب المعروفة فى ظل هذا القانون ، وهى الشركات والجمعيات · ورغبة من المشرع فى ألا يهبط الانتاج فى المشروعات العامة نتيجة لتأميمها ، فانه سار عادة على سياسة احتفاظ المشروع العام بوضعه القائم قبل التأميم · ولا أدل على ذلك من نص المـادة الرابعـة من القانون رقم ١١٧ لسـنة ١٩٦١ الذى كان تجسيدا حيـا لقمة المد الاشتراكى ، والتى تقرر « تظل الشركات والبنوك المشار اليها فى المادة الأولى محتفظة بشكلها القـانونى عند صـدور هذا القانون وتسـتمر الشركات والبنوك والمنشـآت المشـار اليهـا فى مزاولة نشاطها دون أن تسأل الدولة عن التزاماتها السابقة الا فى حدود ما آل اليها من أموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم » ·

ثم ان تمييز المشرع بين المؤسسات العامة ـ وهى باعترافه من أشـخاص القانون العـام ـ وبين ما تنشئه من شركات وجميعـات

(١) قبل الغائها سنة ١٩٧٥ كما ذكرنا · أما الأن فلا توجد الا الهيئات العامة ·

« بمفردها أو مع شريك أو شركاء آخرين » (المادة ١٣ من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ والتى تقابل المادة ٩ من القانون المنظم للمؤسسات العامة وما يتبعها من وحدات اقتصادية ، وهو القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ ، قاطع فى أنه يريد المغايرة فى النظام القانونى للنوعين ·)

ويبدو أن هذا الرأى هو الذى أعتمده القضاء ، وأفصح عنه المشرع فى بعض المذكرات الايضاحية · ومن ذلك على سبيل المثال :

(أ) فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع الصادرة فى ١٠ مارس سنة ١٩٦٥ (مجموعة الفتاوى ، س ١٩ ، ص ٣٤٤) حيث تقول : « ان الشركات التى أممت ، وأصبحت تابعة للمؤسسات العامة ، لا زالت رغم تأميمها وانتقال ملكيتها الى الدولة ، شخصا من أشخاص القانون الخاص ، ولو اتخذت شكل شركة مساهمة تتملك الدولة جميع أسهمها · وتكون أموالها أموالا خاصة ، وتظل روابطها بالمنتفعين وبالغير خاضعة للقانون الخاص ، فتظل للشركة صفة التاجر ··· ولذلك فان من المقرر أن تأميم الشركة لا يستوجب اخضاعها للقواعد المتعلقة بالمرافق العامة فى القانون الادارى ولكن تسرى عليها أحكام القانون الخاص ·· »

(ب) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٨ أبريل سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ٨٧٠) وفيه تؤكد أن تأميم البنك العربى المصرى بمقتضى القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ليس من شأنه « تحويله الى مؤسسة عامة ··· ذلك أن هذا القانون قد حرص على تأكيد بقاء البنوك والشركات المؤممة بمقتضاه محتفظة بكيانها القانونى ، واستمرارها فى مزاولة نشاطها على هذا الوجه · ومفاد ذلك أن تظل هذه الشركات والبنوك مع تملك الدولة لها ، شركات تجارية من أشخاص القانون الخاص » · وقد رتبت المحكمة الادارية العليا على ذلك النتيجة الطبيعية من أن العاملين بشركات القطاع العام ليسوا موظفين ، لأن شركات القطاع العام « تعتبر من أشخاص

القانون الخاص ، وتنتفى عن العاملين بها صفة الموظف العام ، والقرارات الصادرة فى شأن ادارتها لا تعتبر على أية حال قرارات ادارية » ادارية عليا فى فى ٤ أبريل سنة ١٩٨٢ ، الطعن رقم٨٣ لسنة ٢٥ القضائية) ٠

(جـ) ثم ان المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ (بتعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى) قد أشارت الى هذا المعنى صراحة حيث تقول ــ انه رغم الخلاف الفقهى حول طبيعة المشروعات العامة وأموالها ، فان الرأى الراجح لدى الفقه والقضاء أن شركات القطاع العام التى تملك الدولة جميع أسهمها تعتبر من أشخاص القانون الخاص ، وتعتبر أموالها أموالا خاصة » ٠

(د) وأخيرا فقد طرح الأمر على المحكمة الدستورية العليا فى صدد تحديد طبيعة شركة المعمورة للاسكان والتعمير ، تمهيدا لتحديد الطبيعة القانونية للعقود التى يبرمها الأفراد بقصد تأجير « كبائن الاستحمام » فقد رفع النزاع أمام محكمة عابدين الجزئية ،فقضت فى ١٨ أبريل سنة ١٩٧١ « بعدم اختصاصها ولائيا بنظرها » ، وأحالتها الى محكمة القضاء الادارى المختصة بنظرها ٠ وأسست قضاءها على أن الشركة المدعية « شخص معنوى عام يقوم على ادارة مرفق عام من مرافق الدولة السياحية ، متبعا فى ذلك أساليب القانون العام ، وقد تضمن العقد الذى أبرمته مع المدعى بوصفها سلطة عامة شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص ، بقصد تحقيق منفعة عامة ، فيكون هذا العقد اداريا يخرج من اختصاص القضاء العادى ٠٠ »[1] ٠

وتنفيذا للحكم المشار اليه أحيلت الدعوى الى المحكمة الادارية لمصالح الحكومة بالأسكندرية ، فقضت فى ٨ يوليو سنة ١٩٧٣ بعدم اختصاصها بنظر الدعوى ، تأسيسا على أن « العقد الذى لا تكون الادارة أحد أطرافه لا يعتبر من العقود الادارية ، وأن الشركات

---

(١) ويلاحظ أن القضاء العادى يطبق ذات المعيار الثلاثى فى تمييز العقد الادارى ، كما يتبين من الفقرة السابقة ٠

التى أممت وأصبحت تابعة للمؤسسات العـامة لازالت رغم تاميمها من أشخاص القانون الخاص ، فتكون أموالها أموالا خاصة ، وتظل روابطها بالمنتفعين وبالغير خاضعـة للقـانون الخاص • واذ كانت الشركة المدعى عليها لا تعتبر مرفقا عاما ، كما أنها تصدر تراخيص شغل الكبائن باسمها ولحسابها ، فان هذه التراخيص لا تعتبر عقودا ادارية ، وتخـرج المنـازعات المتفرعة عنها عن اختصـاص محاكم مجلس الدولة » •

وأمام هـذا التنازع السلبى فى الاختصـاص ، طرح الأمر على المحكمة الدستورية العليا ، فقررت فى حكمها الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ ــ وقد سبقت الاشارة اليه ــ أنه « يتعين للفصل فى هذا التنازع السلبى بين جهتى القضاء العادى والادارى تحديد التكييف الصحيح للعلاقة التى تربط بين المدعى وبين الشركة المدعى عليها فى شأن الانتفـاع بالكابين المرخص له فى شغـله » • وقـد انتهت المحكمة العليا فى خصوص النزاع الى أن « العقد سالف الذكر الذى يحكم العلاقة بينهما ليس عقدا اداريا ، بل من عقود القانون الخاص » ومن ثم فان الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقـة به « يدخل فى اختصاص محاكم القضاء العادى ، وفقا لما تقضى به المـادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الصادر به قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ » •

ولكن سبيل المحكمة الدستورية العليا فى الوصـول الى النتيجة التى أنتهت اليها ــ وهى نتيجـة سليمة ــ لم يكن تبنى وجهـة نظر المحكمة الادارية بالأسكنـدرية ، والتى رفضت الاعتراف بالصفـة الادارية للعقـد ، لأن الشركة التى أبرمتـه من أشخاص القـانون الخاص ، ولكنها اسـتندت الى سبب آخر ، أوسـع فى نطـاقه وهو أن النشاط الذى أبرم العقـد بخصـوصه ، هو نشاط اقتصـادى « ومن حيث ان العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية ، وبين المنتفعين بها علاقة عقدية ، تخضع لأحكام القـانون الخاص ••• » وسـوف نعود الى هذا الموضـوع فيما بعد • وهكذا صمتت المحكمة العليـا

عن الفصل فى موضوع هام ، بالرغم من أن التنازع يقوم عليه فى الحقيقة[1] • على أن النتيجة التى انتهت اليها المحكمة الدستورية العليا تؤكد - بطريق غير مباشر - التكييف الذى ترجحه ، لأن مناط اعتبار الوحدات الاقتصادية من أشخاص القانون الخاص ، قيامها على نشاط اقتصادى تحكمه قواعد القانون الخاص •

وهذا التكييف أكثر انسجاما مع سياسة الانفتاح الاقتصادى التى تعتنقها الدولة ، والتى تستهدف تحرير النشاط الاقتصادى فى القطاعين العام والخاص من الروتين والبيروقراطية •

والخلاصة أن الرأى بخصوص شركات القطاع العام وجمعياته ، أنها من أشخاص القانون الخاص ، وتخضع أساسا لأحكام هذا القانون ، ومن ثم فان عقودها - مع غير أشخاص القانون العام - لا تعتبر من قبيل العقود الادارية ، بل من قبيل عقود القانون الخاص • واذا أرادت هذه الشركات والجمعيات أن تستعمل وسائل القانون العام وتستفيد مما تنطوى عليه من عنصر السلطان ، فان عليها أن تلجأ الى جهة الادارة التى تشرف عليها ، وهى شخص القانون العام الذى أنشأها ، أو الوزارة التى تشرف على المؤسسة[2] •

---

(١) هذا اذا استثنينا الفقرة التى وردت فى الحكم والتى تقول فيها المحكمة بعد أن استبعدت خصائص العقد الادارى عن العقد موضوع النزاع : « خاصة اذا كان القائم عليه (المرفق الاقتصادى) ليس جهة ادارية تعمل بوصفها سلطة عامة » . فهذه العبارة تحتمل الاطلاق ، أى أن المحكمة أوردتها تكملة للمبدأ العام ، وتحتمل التخصيص اذا كانت المحكمة تقصد بها الشركة المدعى عليها •

(٢) وهذا لا يعنى أننا ننكر الفروق الضخمة القائمة بين الشركات التقليدية وشركات القطاع العام ، ولكن مرجع هذا الخلاف الى كون الشركة العامة مملوكة كلها للدولة ، وبالتالى فان الأحكام الأساسية المنظمة للشركات لا يمكن أن تطبق عليها بالضرورة ، لا سيما ما يتعلق بحقوق المساهمين ، والجمعيات العمومية ومجلس الادارة ••• الخ ولكن نشاط الشركة المتعلق بعمليات الانتاج ، والتسويق ، والتمويل ••• الخ باق كما هو • وتلك نتيجة مقصودة لذاتها حتى لا يتأثر انتاج شركات القطاع العام ولأنه مما لا يتفق والأسس التجارية أن تسير تلك الشركات على القواعد الادارية بتعقيداتها وروتينها • واذا كانت فرنسا وهى أقرب منا الى النظام الرأسمالى ، قد سلمت بامكان قيام شركات عامة مملوكة للدولة ، مع خضوعها للقانون الخاص ، فان الوضع عندنا أكثر قبولا لأن سلطان الدولة الواسع على شركات القطاع العام والذى استند اليه الرأى الآخر لا يقتصر على تلك الشركات العامة ، انما يمتد =

٣ ـ واذا كانت الأشخاص المعنوية الخاصة تحظى برعاية المشرع فى كثير من الحالات اذا ما كانت ذات نفع عام ، فان العقود التى تبرمها تلك الأشخاص لا يمكن أن تكون ادارية كقاعدة عامة ٠ على أنه يجب مع ذلك الاشارة الى المادة ٦٣ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ (المقابلة للمادة ٤٣ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦) والتي تقول : « يحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعيات ذات الصفة العامة من اختصاصات السلطة العامة كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدة وجواز قيام الجهة الادارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التى تقوم بها الجمعية ٠ » فهذا النص يقرر مبدأ تمكين الجمعيات الخاصة ذات النفع العام من استخدام وسائل القانون العام بالقدر الذى يحدد بقرار من رئيس الجمهورية ٠ واذا كانت المادة ٣٢ السابقة قد ذكرت بعض وسائل القانون العام التى يجوز أن يتضمنها قرار رئيس الجمهورية الصادر فى هذا الخصوص فانما ذكرتها كأمثلة ٠ ولما كانت العقود الادارية هى احدى وسائل القانون العام ، فانه يجوز أن ينص عليها فى قرار رئيس الجمهورية كاحدى الوسائل التى يجوز للجمعية ذات الصفة العامة أن تلجأ اليها ، فيعتبر عقدها اداريا اذا استوفى باقى الشروط ٠

٤ ـ وتدخل الادارة فى عقد من العقود يبرم بين أشخاص القانون الخاص لا يمكن أن يحوله الى عقد من عقود القانون العام ، ولو كانت الادارة تستهدف من ذلك تحقيق نفع عام ٠ ومن ذلك على سبيل المثال من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، أن تتدخل الادارة لتصلح ذات البين بين العمال وأصحاب الأعمال[1] ٠

= الى جميع نواحى الحياة استيادا الى أن الاشتراكية تقتضى سيطرة الشعب على جميع وسائل الانتاج ، عامة وخاصة ٠ ويكفى أن نشير الى المادة ٢٤ من دستور سنة ١٩٧١ والتى تقول : « يسيطر الشعب على كل أدوات الانتاج ، وعلى توجيه فائضها وفقا لخطة التنمية التى تضعها الدولة » ٠

(١) على سبيل المثال حكم المجلس الصادر فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٧ فى قضية «Sté Boulanger» المجموعة ص ٤٣٦ ، ويتعلق بتدخل ممثلى وزارة العمل فى =

ولكن على العكس من ذلك ، يجوز أن يكون العقد اداريا اذا أبرمته الادارة لصالح شخص من أشخاص القانون الخاص متى توافر في العقد باقي الشروط • وبهذا المعنى قضت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ في قضية[1] •
«Office national de la navigation»

٥ ــ وأخيرا فقد لا تظهر الادارة في عقد من العقود ، ومع ذلك يعتبر العقد اداريا اذا كان أحد طرفيه يتعاقد باسم ولمصلحة الادارة[2] •
«A traité au nom et pour le compte d'une personne publique»

ومن تطبيقات ذلك من قضاء مجلس الدولة المصرى ، الحكم الصادر من دائرة العقود بمحكمة القضاء الادارى في ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٦ والذى جاء فيه : « متى كان الثابت أن وزارة التموين ــ بصفتها المشرفة على مرفق التموين بالبلاد ــ تدخلت في أمر سلعة الشاى ، واتخذت من الاجراءات وأصدرت من التشريعات ما رأته كفيلا بتحقيق ما تهدف اليه من توفير سلعة من السلع مع ضمان وصولها الى المستهلكين بالسعر المحدد ، وقد استعملت في سبيل ذلك سلطتها في الاستيلاء على هذه السلعة ، ووضعت القواعد التى تحكم تنظيم تداولها وتوزيعها ، وعهدت بذلك الى « لجنة توزيع الشاى » ثم المعبئين الذين أصبحوا مسئولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها الى التجار في مختلف أنحاء البلاد ــ متى كان الثابت

= نزاع بين شركة وعمالها وتوقيع ممثلى الوزارة على العقد المتضمن للصلح بين الطرفين وحكمه الصادر في ٢٩ يونيو سنة ١٩٥١ في قضية : «Sté des travaux du Sud» المجموعة س ٣٨٦ •

(١) المجموعة ص ٦٣٢ ، وان كانت المحكمة في الموضوع قد نفت الصفة الادارية عن العقد لعدم توافر باقي الشروط •

هذا وقد قضى مجلس الدولة في حكم قديم نسبيا صادر في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ في قضية «Sté des moteurs Gnome-et-Rhone» المجموعة ص ١٠٦٧ بأن العقد الذى تبرمه الادارة الفرنسية لصالح دولة أجنبية يعتبر عقدا اداريا متى فيه باقي الشروط •

(٢) حكم المجلس في ٣٠ يناير سنة ١٩٥١ في قضية «Sté prossette» المجموعة ص ١٢٣ وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٤ في قضية : «Sté des ateliers Schwartz» (actual, jur. 1954. p. 189)

هو ما تقدم ، فان ذلك فى حقيقته يتضمن أمرا بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامة ، ومن ثم تكون الاتفاقات والعقود التى تعقدها ٠٠٠ هى عقودا ادارية ملحوظ فيها دائما تغليب الصالح العام على المصلحة التجارية الخاصة ٠٠٠ وملحوظة فيها أيضا سلطة الحكومة فى الاشراف على تنفيذ هذه العقود ومراقبتها ، ضمانا لتحقيق المصلحة العامة التى تهدف اليها ٠ وهذا الهدف هو الذى يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين فى تطبيقه وتفسيره وفى انهائه ٠ وقد استقر الفقه والقضاء فى هذا المجال على أن علاقة المتعاقدين فى العقود الادارية لا تستند الى شروط العقود بالقدر الذى تستند فيه الى القواعد التنظيمية الخاصة بالمرفق العام ٠٠٠ »[1] ٠

٦ ـ على أنه يتعين فى هذه الحالة احترام القواعد المدنية الخاصة بالوكالة ، والواردة فى المادة ١٠٥ من القانون المدنى ، وهو ما أوردته المحكمة الادارية العليا صراحة فى حكمها الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٨ ، (س ١٤ ، ص ٥٦) ٠ ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة تنص على أنه « اذا كان العطاء مقدما من وكيل عن صاحب العطاء فعليه أن يقدم معه توكيلا مصدقا عليه من السلطات المختصة[2] » ٠ فان المحكمة الادارية العليا فى حكمها المشار اليه لم ترتب البطلان على تخلف هذا الاجراء « ذلك أن اشتراط توكيل مصدق عليه قصد به التثبت على وجه اليقين من توافر صفة الوكالة فيمن يتقدم بعطاء نيابة عن الغير ٠ لذلك فان اغفال الادارة التمسك بهذا الاجراء لا أثر له فى قيام الوكالة التى استوفت شروط انعقادها ، واعترف ذو الشأن بقيامها » ٠

---

(١) السنة العاشرة ص ٣٠٧ ٠

(٢) ورد ذات الحكم فى الفقرة الثانية من المادة ٥٩ من اللائحة الجديدة الصادرة بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ ٠

المبحث الثانى

علاقة العقد بالمرفق العام

١ ــ مهما كان الشأن فى خصوص المعيار الذى يقوم عليه القانون الادارى ــ أهو معيار السلطة أم معيار المرفق العام ــ فان الذى لا شك فيه أن مبادىء القانون الادارى فى الوقت الحاضر تقوم فى كل من فرنسا ومصر على أساس فكرة المرفق العام «Le critère de service public» ذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة هى وحدها التى تبرر ما يتضمنه القانون الادارى من خروج على المألوف فى القانون الخاص ، وعلى منطق القواعد التى تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم ·

واذا كانت فكرة المرفق العام تلاقى هجوما شديدا فى الوقت الحاضر ، وكان بعض الفقهاء ينادى بالتخلص منها ، ويعمل على احلال معيار آخر مكانها[1] ، فان قضاء مجلس الدولة فى فرنسا وفى مصر ما يزال يرجع الى تلك الفكرة معظم قواعد القانون الادارى[2] · حقيقة أن القواعد التى شادتها مدرسة المرفق العام ــ وعلى رأسها دوجى وجيز وبوبار ــ فى أوائل القرن الحالى قد تغيرت الى حد كبير ، نظرا لازدياد تدخل الدولة فى المجال الاقتصادى ، وتنوع هذا التدخل من ناحية ، ولمعاونة الأفراد للدولة فى كثير من الميادين عن طريق تخويلهم استعمال وسائل القانون العام من ناحية أخرى ، ولكن فكرة المرفق العام لم تهدم بل تطورت : فظهر الى جوار المرافق الادارية ــ التى كانت المجال الأول لتطبيق

---

(١) فى التفاصيل راجع مؤلفنا مبادىء القانون الادارى ، المرجع السابق ·

(٢) مما له دلالته فى هذا الخصوص ان المرحوم الدكتور فؤاد مهنا بعد أن انضم الى الرأى القائل بانقضاء فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الادارى ، اذ به يتدارك سريعا ويقول « ان ذلك لا يعنى مطلقا هدم النظام القانونى للمرافق العامة أو بعبارة أدق هدم المبادىء الأساسية للقانون الادارى ، لأن هذه المبادىء باقية ويجب أن تبقى باعتبارها جوهر القانون الادارى » ص ٢٤٤ وفى ص ٣٩٥ من ذات المؤلف يقول أيضا : « النظام القانونى للمرافق العامة هو فى حقيقته ، مجموعة مبادىء وقواعد القانون الادارى » ·

قواعد القانون الادارى – مرافق من نوع جديد هى المرافق الاقتصادية – تجارية وصناعية – والمرافق المهنية المختلفة ٠ وبالتالى لم تعد المرافق العامة تخضع لنوع موحد من القواعد ، وانما تنوعت القواعد التى تحكمها وفقا لطبيعة كل مرفق الذاتية ، وان كانت جميع المرافق العامة تخضع لقدر مشترك من القواعد – هى التى تسمى فى الوقت الحاضر : « النظام القانونى العام للمرافق العامة » – ونعنى بها قواعد سير المرافق العامة بانتظام واستمرار ، وقابليتها للتغيير والتبديل وفقا لمقتضيات الصالح العام ، وأخيرا مساواة المنتفعين أمامها ٠

ولقد حرص مجلس الدولة المصرى على ابراز المعانى السابقة فى كثير من أحكامه ، نذكر منها على سبيل المثال حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ حيث تقول : « ٠٠٠ لم تعد المصالح العامة محصورة فى نطاقها التقليدى ، وهو النطاق الادارى الضيق الذى كان مألوفا فى القرن التاسع عشر والقرن العشرين ، ذلك أن حاجات الأفراد تنمو وتتنوع كلما تقدمت الجماعة فى طريق الرقى والحضارة ٠ وقد اقتضى ذلك انشاء مرافق ومصالح مختلفة النظم والأغراض لسد هذه الحاجات المختلفة ومنها حاجات اقتصادية وأخرى ثقافية وصحية واجتماعية أوجبت على الدولة أن تجاوز ميدان نشاطها الادارى البحت الى ميادين أخرى كانت وقفا على النشاط الفردى ٠ وقد كثر انشاء هذه المرافق والمصالح الجديدة فى صور مؤسسات عامة لأنها أيسر تحقيقا لتلك الأغراض المختلفة ، وخاصة أن الدولة مع احتفاظها بحق الاشراف عليها تضفى عليها من الحقوق والامتيازات ومظاهر السلطة ما يعينها على تأدية رسالتها ٠٠ » (س ٦ ص ٥٣٤) ٠

كما أن ذات المحكمة تعرض بالتفصيل السبب فى تطور فكرة المرافق العامة ، وتعدد النظم القانونية التى تخضع لها ، فى حكمها

الصادر فى ٢ يونية سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ان المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على ادارته ويعمل بانتظام واستمرار ، ويستعين بسلطات الادارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التى يتطلبها لا بقصد الربح ، بل بقصد المساهمة فى صيانة النظام ، وخدمة المصالح العامة فى الدولة · والصفات المميزة للمرفق العام هى أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام ، أى أن يكون غرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة ··· » ثم استطردت المحكمة قائلة : « ··· كما أن التطور الحديث فى الفقه والقضاء يعترف بصفة المرفق العام للمرفق الصناعى والتجارى مع أنه يعمل لتحقيق الربح · ولكن الواقع من الأمر أن الهدف الرئيسى لمثل هذه المرافق ليس تحقيق الربح ، بل تحقيق المنفعة العامة أسوة بكل المرافق الأخرى · وما الربح الذى يحققه ، الا أثر من الآثار المترتبة على صفة المرفق باعتباره يقوم بأعمال صناعية أو تجارية ·· » وبتطبيق هذه المبادىء على موضوع القضية انتهت المحكمة الى أن التنظيمات التشريعية والادارية فى مجال « الرغيف » قد حولت المشروعات الفردية فى هذا الخصوص الى « مشروع عام تشرف الدولة على ادارته ، ويعمل بانتظام واستمرار مستعينا بسلطان من الادارة لتزويد الناس بالخبز لا بقصد الربح بل بقصد تحقيق المصلحة العامة · وبذلك أنشأت الدولة ·· مرفقا عاما ، هو توفير الخبز كغذاء أساسى للشعب وبأرخص الأسعار ··· واذا ما كانت الدولة قد أنشأت مرفقا عاما على هذا الوجه ، كانت العلاقة القانونية التى تقوم بينها وبين الأفراد بقصد ادارة هذا المرفق أو بمناسبة تسييره ، هى علاقة تحكمها قواعد القانون العام اذا ما أظهرت الادارة نيتها فى الأخذ بأسلوب هذا القانون وأحكامه »[1] ·

كما أن المحكمة الادارية العليا قد تبنت ذات الموقف بالنسبة الى

---

(١) القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية (وزارة التموين ضد السيد عبده سلوت) ·

وراجع بذات المعنى حكمها الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٩ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنتان ١٢ و ١٣ س ١٦٠ ·

المشروعات الجديدة ، التى قررت اضفاء صفة المرافق العامة عليها ٠ ومن ذلك على سبيل المثال :

حكمها الصادر فى ١٢ أبريل سنة ١٩٥٨ (السنة ٣ ص ١١٠٣) والذى تقرر فيه « أن تنظيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة ، هى مرافق عامة ، مما يدخل اصلا فى صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامة على المصالح والمرافق العامة ، فاذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم ، لأنهم أقدر عليه ، مع تخويلهم نصيبا من السلطة العامة ، يستعينون به على تأدية رسالتهم مع الاحتفاظ بحقها فى الاشراف والرقابة تحقيقا للصالح العام ، فان ذلك لا يغير من التكييف القانونى لهذه المهن بوصفها مرافق عامة » ٠

وفى حكمها الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ (السنة ٦ ص ١١٥٤) تقول : « لما كانت ادارة مشروع الغاب تهدف الى تحقيق مشروع ذى نفع عام لتنمية الانتاج الاقتصادى فى البلاد ، فهى بهذا تعتبر مرفقا عاما ، تديره الدولة عن طريق نظام خاص ٠٠ » ٠

كما أنها تقرر فى حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٥٢٧) أنه « ٠٠٠ اذا كانت الهيئة الدائمة لاستصلاح الأراضى ، وهى من أشخاص القانون العام ، قد أبرمت عقدا يقوم الطرف الثانى فيه بتوريد عدد من العجول اليها لخدمة المرفق العام القائمة على ادارته ، ذلك أنه تزرع مساحات شاسعة من الأراضى التابعة للمرفق بنبات البرسيم بقصد اصلاح هذه الأراضى ٠ ولتعذر تصريفه ، فقد رصدت الهيئة تسعين ألف جنيه فى ميزانيتها على ذمة شراء عجول لاستهلاك هذا النبات ومد الأرض بالسماد العضوى ، لا بغرض الربح ، وانما لتسيير المرفق فى نظامه العام بالوصول الى الهدف الذى قام لتحقيقه وهو زيادة رقعة الأرض المنزرعة ، فيتزايد بذلك الانتاج الزراعى والحيوانى بما يسد حاجة

البلاد المتزايدة . ومتى كان الأمر كذلك ، يكون التعاقد قد انصب على شيء يتعلق باحتياجات المرفق العام وتسييره »[١] .

والخلاصة أن القضاء الادارى يقيم أحكام القانون الادارى على فكرة المرفق العام .

٢ ـ ولما كانت العقود الادارية تقوم على أحكام استثنائية ، فيجب أن يكون لذلك ما يبرره ، بأن تكون تلك العقود ذات صلة وثيقة بأحد المرافق العامة .

وهذا ما يؤكده مجلس الدولة فى فرنسا فى كثير من أحكامه ، وما تردده أيضا محكمة التنازع الفرنسية . ونكتفى بالأمثلة الآتية :

(أ) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٦ مايو سنة ١٩٣١ فى قضية «Hertz»[١] حيث يقول :

«La cession dont s'agit ne peut être regardée comme intervenue pour assurer un service public».

---

(١) ويسير القسم الاستشارى للفتوى والتشريع فى ذات الاتجاه . راجع على سبيل المثال فتواه الصادرة فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٧ ، مجموعة فتاوى المجلس السنة ٧ ص ٤٦٣ ، وقد جاء فيها :

« أنه وان كانت فكرة المرفق العام غير محددة تحديدا واضحا ، وليس لها تعريف جامع ، الا أن العنصر الأساسى فيها هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشرع الى أدائها ، وتقوم بها الحكومة مباشرة أو يلتزم بها ملتزم تحت اشراف السلطات الادارية المختصة فى نطاق القانون العام . والمرجع فى تقدير توافر صفة المرفق العام فى المشروع وعدم توافرها الى الظروف المحيطة به ، والقواعد التى تضعها السلطة العامة لتنفيذه ، والقيام به ، والاشراف عليه مع الاستهداء بقصد الدولة القوامة على المرافق العامة . ومن الرجوع الى نصوص العقد الخاص بتعمير منطقة المقطم واستغلال منطقة المنتزة ، وما أبرم من اتفاقات لاحقة فى هذا الشأن ، يبين بجلاء أن ما عهد به الى القائمين بتنفيذه العقد والاتفاقيات المذكورة مرفقان عامان ... وكذلك الشأن فيما يتعلق باستغلال منطقة المنتزة ... وبناء على ذلك فان استصلاح وتعمير منطقة المقطم واستغلال منطقة المنتزة يعتبر من المرافق العامة ، ومن ثم تخضع الشركة الملتزمة بذلك فى قيامها باستصلاح منطقة جبل المقطم وتعميرها لأحكام القانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ .

(١) المجموعة ص ٤٨٩ .

(ب) وحـكمه الصـادر فى ٢٥ أكتوبر سـنة ١٩٣٥ فى قضية «Duckêné» [1] وقد جاء فيه :

«La convention dont il s'agit n'avait pas pour objet l'exécution d'un service public et présentait un caractère de droit privé».

(جـ) وحكم التنازع الصـادر فى ٢٢ نوفمبر سـنة ١٩٥١ فى قضية «Chélaifa Hassen» [2] حيث تؤكد المحكمة :

«Ce contrat, qui ne concerne pas l'exécution d'un service public, est par sa nature même, un contrat de droit privé, et les clauses dont se prévaut l'administration n'ont pu en modifier le caractère».

(د) وأخيرا حـكم التنازع فى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٥ فى قضية «Effimief» منشـور فى «Rev. adm. 1955 — 285 Liet. Veaux» ومجمـوعة «J.C.P. 8786 note Blaevoêt» وقد جاء فى حكم التنازع المشار اليه أن عقد الأشغال العامة « يستهدف تحقيق غرض من أغراض المرفق العام »
«Poursuivre une mission de service public».

واذا كان هناك مجال للتشكك فى مدى ضرورة اتصال العقـد الادارى بالمرفق العام فى فرنسا ــ كما سنرى فيما بعد ــ فان صياغة أحكام القضاء الادارى المصرى فى هـذا الصـدد ، لا تدع أى مجال للتردد : فقـد كانت فكرة المرفـق العام ، هى الفكرة الغـالبة فى صياغة الأحكام القديمة نسبيا . أما الصياغة الآن فهى أدق ، وشرط اتصال العقد بالمرفـق العام فيها أوضح من أن يحتـاج الى شرح . ولنقرأ فى الحكم الصادر من دائرة العقـود بمحكمة القضاء الادارى فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية ، وقد سبقت الاشارة اليه) قولها « ... وانما تتميز العقود الادارية عن العقود الخاصـة بطـابع معين مناطه احتياجات المرفق العـام الذى يستهدف العقـد الادارى تسييره وتغليب وجه المصلحة العـامة على مصلحة الأفراد الخاصة . غير أن مجرد صلة العقد بالمرفق العام ، وان

---

(١) المجموعة ص ٩٨٢ . وراجع من أحكام المجلس الحديثة نسبيا ، حكمه الصادر فى قضية «Bertin» فى أبريل سـنة ١٩٥٦ مجموعة دالوز ص ٤٣٣ مع تعليق دى لوبادير .

(٢) المجموعة ص ٩٨٢ .

كانت شرطا لازما ، فانها ليست كافيــة » وفى حكمها الصــادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ قضائية)[١] تقول : « ··· ولما كانت هذه العقود (الادارية) تختلف عن العقود المدنية فى أنها تستهدف مصلحة عامة وهى تسيير المرافق العامة عن طريق الاســتعانة بالنشاط الفردى مما ينبغى معه أن يراعى فيها دائما وقبل كل شىء تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ··· »[٢] ٠

كما أن قضــاء المحكمة الادارية العليا قديمة وحديثــة ، يقرن شرط اتصال العقــد الادارى بالمرفق العــام ، بشرط أخذ الادارة بأساليب القانون العام ٠ ومن ذلك على سبيل المثال :

ـ حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٦٥ (س ١٠ ، ص ٣١٦) وفيه تقرر أن العقد المبرم بين أحد المواطنين وبين مصلحة السياحة ، والموصوف بأنه « عقــد ايجار كابين » ·· « لا جدال فى أنه عقــد تقديم خدمات لمرفق من المرافق العامة ، هو مرفق مصلحة السياحة ··

(١) وزارة التموين ضد السيد/ محمد محمد خليل ٠

(٢) بل ان محكمة القضاء الادارى حريصــة على أن تبين أن سر الاختلاف بين القواعد القانونية التى تخضع لها كل من العقود الخاصة والادارية انما هو مقتضيات سير المرافق العامة ، ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى أول أبريل ســنة ١٩٥٦ والذى جاء فيه : « ··· أن تنفيذ الالتزامات التعاقدية فى عقود القــانون الخاص التى تبرمها الادارة ، لا يجرى على هدى من نفس القواعد التى يتم على أساسها تنفيذ العقود الادارية ، ففى عقود القانون الخاص التى تبرمها الادارة تطبق ··· أحكام القانون الخاص المجردة ، المدنى والتجارى ٠ والحال على خلاف ذلك تماما فى ميدان العقود الادارية ، اذ يصبح المتعاقد الى حد كبير بمثابة المتضامن مع جهــة الادارة فى الأخذ بتــاصر المرفق العام ، والحرص على اســتمرار حركته ، وادارة نشاطه ٠ ولهذا الوضــع أثره فى تنفيذ الالتزام ، فالمدعى المتعهد بالتوريد يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ التزاماته وفقا لطائفة من القواعد والأصول ، هى أكثر شدة وأمعن دقة من تلك التى تجرى تطبيقهــا فى ظل عقد من عقود القانون الخــاص ، والمصلحة العامة التى تهدف الى انتظام سير المرفق العام تحرص على اتبــاع تفسير حازم لالتزامات من تعهد بالتوريد وفى مقدمة تلك القواعد والأصول التى تحكم عقد التوريد الادارى قاعدة أن المصلحة العامة لانتظام سير المرفق العام لا يصح أن تتأثر فى شىء بالمصلحة الخاصة التى تشــغل بال المتعهد بالتوريد ، فعليه وقد ارتضى أن يساهم بنصيب فى نشاط هذا المرفق العام ··· مضاعفة الدقة والحرص فى تنفيذ ما تعهد به من التزامات ··· » مجموعة أحكام مجلس الدولة السـنة العاشرة ، ص ٢٧٣ ٠

فهو عقد اتسم بالطابع المميز للعقود الادارية من حيث اتصاله بمرفق عام ، وأخذه بأسلوب القانون العام ٠٠ » ٠

ـ حكمها الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٧ (س ١٣ ، ص ٣٥٩) حيث تقول : « يبين من الاطلاع على العقد المبرم أنه قصد به تسيير مرفق عام هو مرفق العلاج ، فهو عقد تقديم خدمات لمرفق عام ، إذ تلتزم بموجبه المدعى عليها ـ لقاء تحمل الهيئة (العامة للسكك الحديدية (بنفقات تعليمها وايوائها آن تلتحق بخدمة مستشفاها لمدة الخمس السنوات التالية لاتمام دراستها ٠٠٠ وبالتالى فان العقد يكون قد اتسم بالطابع المميز للعقود الادارية من حيث اتصاله بمرفق عام ، وأخذه بأسلوب القانون العام » ٠

ـ حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) وفيه تعلن أن الترخيص بتسيير خط ملاحى نهرى هو عقد ادارى استهدفت الادارة من ورائه « تسيير مرفق النقل النهرى ، واتبعت فيه وسائل القانون العام » ٠

ـ حكمها الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٩٥٣) وتقرر بمقتضاه أن عقد التأليف المبرم بين وزارة التربية والتعليم وبين بعض المؤلفين ، هو عقد ادارى لأنه « ٠٠ يسهم فى تسيير مرفق التعليم ، وقد انطوى على شرط استثنائى » ٠

ـ حكمها الصادر فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٨١ (الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٢٤ قضائية) وفيه تقرر « تستمد الادارة امتيازاتها فى مجال العقود الادارية ، لامن نصوص هذه العقود ، ولكن من طبيعة المرفق العام ، واتصال العقود به ، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره بما يحقق المصلحة العامة ٠٠٠ » ٠

ـ وأخيرا حكمها الصادر فى ١٦ يناير سنة ١٩٨٢ (مجموعة المبادىء ، السنة ٢٧ ، ص ٢١٦) وفيه تؤكد أن العقد الادارى يتميز بأن « الادارة تعمل فى ابرامه بوصفها سلطة عامة ، تتمتع

بحقوق لا يتمتع بمثلها المتعاقة معها بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة » ٠

وقضاء المحكمة فى هذا الشأن قديم ومطرد ٠

٣ ـ غير أنه اذا كان شرط المرفق العـام شرطا لازما وضروريا لاضفـاء الصفة الادارية على عقـود الادارة ، فانه يكفى فى هـذا الصدد أن يؤخذ المرفق بأوسع معانيه ٠ ولا محل للتقيد بنوع معين من المرافق العامة لأى اعتبار من الاعتبارات[١] ٠

وعلى هذا الأســاس لا تقتصر فكرة العقود الادارية على المرافق الادارية ، بل يجوز أن تلجأ اليها المرافق الأخرى لا سـيما المرافق الصناعية والتجارية ٠ واذا كان الغالب أن عقود هـذه المرافق هى عقود خاصة ، جريا وراء السياسة التى تستهدف اخضاع هذا النوع من المرافق للقانون الخاص ، فان عقودها تكون ادارية اذا ما توافرت فيها باقى الشروط[٢] ٠

ولقد اقر مجلس الدولة المصرى ـ قضاءا ورأيا ـ المبدأ السابق فى الأمثلة التى أوردناها ٠

٤ ـ وأوضاع اتصال العقد الادارى بالمرافق العام متعـددة ، وتأخذ فى العمل صورا شتى ، أشارت اليها محكمة القضاء الادارى المصرى فى حكمها الصـادر فى ٢٤ فبراير سـنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ قضائية) حيث تقول : « ٠٠ ان المعيـار المميز

---

(١) راجع بهذا المعنى (Péquignot. J.C.A. fasc. 500 n 128.)

حيث يشرح موقف مجلس الدولة الفرنسى في هذا الخصوص ٠ وراجع تقرير المفوض «Tricot» فى قضية «Dame Vve Lillo» التى صدر فيها حكم المجلس فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٣ حيث يقول :

«Est-il vraiment nécessaire d'affirmer qu'il y a service public pour que le contrat soit susceptible d'avoir le caractère administratif ? Sans reprendre une discussion qui s'est souvent instituée devant vous au cours de ces dernières annéec, on se bornera à observer qu'il s'agit surtout maintenant d'une question de mots. Si on prend le service public dans le sens très large d'action administrative en vue de la satisfation d'un inteéêt général, l'algérie a organisé un service public».

(٢) مطول دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٦١ وما بعدها ٠

لهذه العقود (الادارية) ·· فى موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو ادارته أو استغلاله أو المعانة أو المساهمة فيه ··· »[١] ·

وبذات المعنى تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (ص ١٣ ، ص ٥٥٧) « ومناط العقد الادارى ··· أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه ، وتسييره بغية خدمة أغراضه ، وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة » ·

ذلك أن من العقود الادارية ما يتعلق بتنظيم المرفق العام أو استغلاله «l'organisation et l'exploitation» وأشهرها عقود الامتياز والأشغال العامة ·

ومنها ما يتصل بالمعاونة فى تسيير المرفق عن طريق توريد مواد «Marchés de fournitures» أو تقديم خدمات «Louage de services» أو عن طريق استخدام المرفق ذاته «L'utilisation de service» ·· الخ وفقا لأنواع العقود الادارية المختلفة التى سنعرض لها فيما بعد ·

ولكن هل يشترط أن تكون الصلة بين العقد ونشاط المرفق الذى يخدمه على درجة معينة من المتانة ؟! يذهب بعض الفقهاء الى ذلك ، فيشترط لصيرورة العقد اداريا أن يحقق « حالا ومباشرة غرضا من أغراض المرفق العام »[٢] ·

«réalise directement et immédiatement un but de service public».

---

(١) وفى القضية رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ قضائية والتى صدر فيها الحكم فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ تقول محكمة القضاء الادارى :

« ومن ثم فان المعيار المميز للعقود الادارية ··· هو موضوع العقد متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور ، سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام أو استغلاله له أو تسييره أو المعاونة والمساهمة فى ذلك أو استخدامه عن طريق العقد » ·

(٢) راجع مقال الفقيه مارك رجلاد : منشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩٢٤ ص ١٩١ بعنوان :

«De l'application aux marchés de fournitures de la separation des autorités administratives et judiciaires».

ولكن بعض الفقهاء الآخرين يرون أن القضاء الفرنسى لا يتطلب هذا الشرط ، بدليل أنه يعتبر كثيرا من عقود التوريد ادارية بالرغم من أنها لا تخدم المرفق العام الا بطريق غير مباشر[١] ٠

وعلى أية حال ، فان مدى اتصال العقد بالمرفق العام ، هى مسألة موضوعية يراعيها القضاء الادارى فى كل حالة على حدة ٠

فاذا ما انقطعت صلة العقد بالمرفق العام ، فان مجلس الدولة الفرنسى يعتبره عقدا خاصا ٠ ومن ذلك العقود التى تبرمها الأشخاص العامة لادارة الأموال الداخلة فى دومينها الخاص[٢] ٠ وهو ما قضت به دائرة العقود بمحكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية) بخصوص بيع الدولة لثمار بعض الحدائق المملوكة لها ، حيث تقول : « ٠٠٠ ولا علاقة لتلك العقود بتسيير مرفق عام وانما تنصرف العقود الثلاثة ٠٠٠ الى استغلال الدولة للدومين المملوك لها ملكا خاصا تتصرف فيه على شاكلة الأفراد عندما يتصرفون فى أموالهم تصرف السيد فى ماله :

«de jouir et disposer en maitre de ses biens».

وفقا لقواعد القانون المدنى »[٣] ٠

وبذات المعنى قضت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (سبق) أن العقد الذى يبرمه أحد الأفراد مع الادارة لشراء كمية من الزلط الموجود بمخازن سكك حديد الدلتا

---

(١) مطول اليبير المرجع السابق ، ص ٦٥ ٠

(٢) قضاء مطرد لمجلس الدولة الفرنسى ، راجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٣٠ يونيو سنة ٩٢٦ ١فى قضية «Dlle Weill» مجموعة سيرى القسم الأول ص ١٦١ ٠ ومن أحكامه الحديثة حكمه الصادر فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٥٢ فى قضية «Sté d'aubigny-Plage» المجموعة ص ٤٧٥ ٠ وحكم التنازع الصادر فى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية «Conservateurs des eaux et forts de Cors« المجموعة ص ٦١٣ ٠

(٣) كما أنها فى حكمها الصادر فى ٢٢ مارس ١٩٦٦ (السنة ١٤ ص ٢٥٦) بعد أن رددت المعيار الثلاثى للعقود الادارية انتهت الى أن « تأجير احدى الجهات الادارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة الى أحد الأفراد لاقامة مصنع عليها لا يعتبر عقدا اداريا » ٠

التى تديرها الحكومة ليس عقدا اداريا ، لأن العقد « لا يتصل بتسيير المرفق العام ، ولا يعدو أن يكون مجرد بيع مال مملوك للدولة ملكا خاصا تتصرف فيه على نحـو ما يتصرف الأفراد فى أمـوالهم طبقا لأحكام القانون المدنى » . ورفضت المحكمة بحق ادعاء الادارة بأن « المرفق يعتمد فى سيره على بيع هذه المنتجات » ... « اذ أن مجرد عجز ايراد هذا المرفق عن مواجهة مصروفاته لا يستتبع اتخاذ وسائل القانون العام ، كما لا يستقيم عقلا أن تعتبر هذه العقود ادارية فى حين لا تعد كذلك عقود نقل الركاب والبضائع لهـذا المرفق ، وهى مظهر نشاطه الأصيل .. » .

كما أن القضاء الادارى فى مصر مستقر على أن « عقد اشتراك التليفون يعتبر من عقود القانون الخاص التى تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصـادية والمنتفعين بخـدماتها » . ادارية عليا فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٨٥ (الطعن رقم ١٨ لسنة ٢٩ القضائية) .

ثم أن محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٢ مايو سنة ١٩٥٨ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١١٤) قضت بأن العلاقة بين الدولة وبين عمال المعاش بالمزارع الحكومية ـ وهم لا يتقاضون أجورا ، بل يمنحون قطعة أرض يزرعونها ويخصم الايجار مقابل عملهم ـ هى علاقة تعاقدية مدنية بحتة تدخل فى نطاق روابط القانون الخاص . (عقد ايجار أرض زراعية اقترن بعقد عمل ـ منفعة الأرض مقابل الخـدمة) . ولكن المحكمة الادارية العليـا ذهبت فى تكييف العلاقة مذهبا آخـر ، فقضت فى حكمها الصـادر فى ٥ مايو سـنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٧٩٣) بأن « علاقة عامل المعاش بوزارة الزراعة انما هى علاقة عمل دائم ، وليست علاقة عرضية أو مؤقتة ، ومن ثم يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى بنظر المنازعات التى تنشأ بين عامل المعاش وجهة الادارة بمناسبة مباشرته لخدمة ذلك المرفـق العام » .

المبحث الثالث

اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام

وهذا هو الشرط الثالث والفاصل فى تمييز العقود الادارية • ذلك أن اتصال العقد الذى تبرمه الادارة بالمرفق العام ، اذا كان شرطا لازما «condition necessaire» لكى يصبح العقد اداريا، فانه لا يكفى بذاته «condition suffisante» لكى يضفى على العقد تلك الصفة • وتحرص أحكام مجلس الدولة المصرى باستمرار على ابراز هذه الحقيقة الجوهرية فى موضوع العقود الادارية • ومن ذلك قول محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ وقد سبقت الاشار اليه « ••• كما أن علاقة العقد بالمرفق العام اذا كانت ضرورية لكى يعتبر العقد اداريا ، فانها ليست مع ذلك كافية لمنحة تلك الصفة ، اعتبارا بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام ، اذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام ، فان ادارة قد لا تلجأ فى ابرامه الى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها فى العدول عن ذلك الى أسلوب القانون الخاص ، فتتبع فى شأنه ما يتبعه الأفراد فى تصرفاتهم الخاصة • ومن ثم فان المعيار المميز للعقود الادارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التى تبرمها الادارة ليس هو صفة المتعاقد ، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور ••• مشتركا فى ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى العقد ••• » •

كما أن المحكمة الادارية العليا تؤكد فى جميع أحكامها التى أثير فيها نقاش حول طبيعة العقد الادارية ظرف انطواء العقد على شروط استثنائية للتوصل الى اثبات الصبغة الادارية أو نفيها عنه • ومن ذلك على سبيل المثال ما جاء بحكمها الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٩٦٢ (س ٧ ص ٨٩٠) ، بعد أن أثبت صلة العقد بالمرفق « وقد تضمن (العقد) ـ كما يتضح من مطالعة بنوده شروطا استثنائية

غير مألوفة فى القانون الخاص ، وأخرى تنبىء فى جملتها عن انصراف نية الادارة الى اتباع أسلوب القانون العام ، والأخذ بأحكامه ووسائله فى شأنه ، مستخدمة فى ذلك الامتيازات والحقوق المقررة لها بوصفها سلطة عامة ، ومعتمدة فى تعاقدها على فكرة السلطة وعلى تمتعها بقسط من سيادة الدولة وسلطانها ، الأمر الذى يخضع هذه الرابطة التى تتوافر فيها مميزات العقد الادارى وخصائصه لأحكام القانون الادارى »[1] .

والملاحظ فى هذا الصدد أن القانون الادارى قد تطور : فلقد كان القانون الادارى يقوم فى أول الأمر على فكرة المرفق العام كلية ، فكانت قواعد القانون الادارى ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام ، وذلك حينما كانت المرافق العامة مقصورة على المرافق الادارية وحدها . ومن ثم فقد كان يكفى أن يتصل العقد بمرفق عام حتى يكون اداريا ، لأن المرافق الادارية تخضع كلية للقانون العام .

ثم حدث التطور الذى ألمعنا اليه فيما سلف ، وظهرت الأنواع الجديدة من المرافق العامة . وحينئذ لم يعد من الممكن أو المفيد أن تخضع المرافق الجديدة خضوعا تاما لقواعد القانون العام ، ومنحت الادارية حرية كبيرة فى اختيار الوسيلة التى تحقق بها الصالح العام . ومن ثم لم يعد كافيا أن يتصل العقد بمرفق من المرافق العامة ليكتسب الصفة الادارية ، لاحتمال أن تكون الادارة قد أختارت وسيلة القانون الخاص . ولهذا ظهر الشرط الثالث والأخير لتمييز العقود

---

(١) وهى تقرر فى حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ « السنة ٧ ص ٥٢٧ » أنه « .. اذا كان العقد مبرما لتحقيق مصلحة خاصة ، وليس فى نصوصه شروط غير مألوفة فى القانون الخاص ، فهو عقد من عقود هذا القانون ، وتخرج المنازعة بشأنه من ولاية القضاء الادارى » .

وفى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (س ١٣ . ص ٥٥٢) تقرر أن أحتواء عقد بيع الزلط على شروط « دفع كامل الثمن مقدما قبل تسليم المبيع » و « دفع أيجار المخزن الذى يوجد به الزلط بعد نهاية سنة ١٩٥٥ (موعد التسليم) هى شروط مألوفة فى عقود القانون الخاص » .

الادارية • بل سنرى بعد قليل ، أن هناك رأيا يكتفى بهذا الشرط الثالث لتمييز العقود الادارية ، بصرف النظر عن علاقة العقد بالمرفق العام •

وأهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الادارى — فى فرنسا وفى مصر — للكشف عن نية الادارة فى اختيار وسائل القانون العام ، هى أن يتضمن العقد — كما يقول القضاء الادارى المصرى فى معظم أحكامه القديمة والحديثة — « شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص » «Clauses exorbitantes»

ومن أحكام المحكمة الادارية العليا فى هذا الخصوص :

— حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٦٥ (س ١٠ ، ص ٣١٦) « وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة فى القانون الخاص » •

— حكمها الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٧ (س ١٣ ، ص ٣٥٩ « ••• وأن تظهر نيته فى الأخذ بأسلوب القانون العام ، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص » •

حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) « •• واتبعت فيه وسائل القانون العام اذ ضمنته شروطا استثنائية غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص » •

وأخيرا حكمها الصادر فى ٢١ يونيو سنة ١٩٨٠ (الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٢٠ قضائية) « صدور العقد من جهة نائبة عن الدولة واتصاله بنشاط مرفق من المرافق العامة ، وتضمنه شروطا غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص » واستنادا الى هذه الشروط انتهت المحكمة الادارية العليا الى أن التصريح لشركة المعمورة للاسكان والتعمير بالانتفاع بكازينو فى منطقة شاطىء المعمورة ، المعتبر

من المنافع العامة يعتبر عقدا اداريا ، بالنظر الى الشروط الاستثنائية التى انطوى عليها الترخيص والتى اوردتها المحكمة تفصيلا ·

— هذا ولقد سبق أن رأينا أن المحكمة الدستورية العليا قد استعملت ذات الاصطلاح فى أحكامها التى سبقت الاشارة اليها ·
. ومن ثم فان فكرة « الشروط الاستثنائية وغير المألوفة فى القانون الخاص » هى حجر الزاوية فى التعرف على طبيعة العقود الادارية فى الوقت الحاضر[١] ·

على أنه اذا كان الفقه والقضاء — سواء فى فرنسا أو فى مصر — يجمع على ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة ، لكى يكتسب الصفة الادارية ، فانه من الصعوبة بمكان تحديد متى تعتبر الشروط خارجة على المألوف فى القانون الخاص · ويرجع ذلك فى الغالب الى التزام مجلس الدولة الفرنسى خطة الاختصار الشديد فى صياغة أحكامه · فهو فى الكثير الغالب ، يكتفى بأن يعلن مبدأ اشتمال العقد على شروط غير مألوفة ، دون شرح لهذه الشروط ، ومن ثم يعتبر العقد اداريا · ونجد هذه الصيغة التقليدية فى حكمه الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٨ فى قضية «Penaraya»[٢] حيث يقول :
« ... Clause attribuant à la puissance publique des prérogatives exorbitantes du droit commun».

وأحيانا يحاول مجلس الدولة الفرنسى تعريف تلك الشروط · ومن ذلك حكمة الصادر فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ فى قضية «Stien» والذى جاء به فى صدد تلك الشروط قوله انها « تلك التى تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقا أو تحمله التزامات غريبة فى طبيعتها

---

(١) راجع مطول أندريه دى لوبادير المرجع السابق ، ص ٨٥ حيث يقول :

«La notion de clause exorbitante ou dérogation au droit commun constitue aujourd'hui incontestablement l'élément central de la théorie du contrat administratif. C'est en effet la présence de telles clauses dans un contrat qui est le critère par éxcéllénce de son caractère administratif».

(٢) مجموعة سيرى سنة ١٩٤٩ ، القسم الثالث ص ٦ ·

عن تلك التى يمكن أن يوافـق عليها من يتعاقد في نطـاق القانون المدنى أو التجارى »[١] ٠

وفى القليل النادر يبرز القضـاء الادارى الشروط التى استند اليها فى اضفـاء الصفـة الادارية على العقـد ٠ ومن أوضح تلك الحالات حكم التنازع الصـادر فى ٢٧ يوليو سـنة ١٩٥٠ فى قضية «Paulabeuf» [٢] حيث يقول « وحيث ان الاتفـاق المبرم بين الدولة والسيد «Paulabeuf» يحتوى على شروط تخرج على المألوف فى القانون الخاص ، فالمادة ٥ منه تخضع المقاول لرقابة الادارة وتوجيهها سواء فيما يتعلق بتنفيـذ الأعمـال التى كلف القيـام بها أو باستغلال المحجر ٠ كما أن المادة السادسة تخـول الدولة فى حالة تقصيره أن تتولى التنفيذ بنفسها ، وأن تسترد بمقتضى أوامر بالدفع المبالغ التى تنفقها فى هذا الخصوص،وذلك دون حاجةالى اتخاذ أى اجراءات سوى انذار المقـاول ، وأخيرا فان المادة العـاشرة من الاتفاق قـد أحلت المشروع محل الدولة فيما يتعلق بحقها فى الاستيلا المؤقت للحصول على المـواد اللازمـة للمشروع اذا لم يمكن الاتفـاق مع أصحـاب الشأن ٠٠٠ »[٢] ٠

وبهـذا المسلك المفصل يأخذ مجـلس الدولة المصرى فى الغالب من آحكامه ٠ فمحكمة القضاء الادارى تقول مثلا فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ٢٢٣ لسنة ١٠ قضائية)[٣] : « ٠٠٠ ومن حيث انه يبين من الاطلاع على العقد المبرم بين محكمة القـاهرة الابتدائية وبين المدعى عليه ٠٠٠ أنه قـد تضمن شروطا منهـا التزام المدعى عليه بتقـديم المشروبات والمأكـولات بأسعار محدودة مرافقـة للعقـد على أن يكون لجهة الادارة حـق زيادتها أو تخفيضها وأن يقدم لموظفى ومستخدمى المحكمة المشروبات بأثمان

---

(١) المجموعة ص ٥٠٥ ٠

(٢) «Clauses ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charges des obligations etrangère par leur nature à ceux qui sont suseptibles d'etre librement consenties par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales».

(٣) المجموعة ص ٦٦٨ ٠

مخفضة ، وأن يلتزم المدعى عليه بتنفيذ أمر الجهة الادارية المتعاقد معها اذا رأت فصل أحد العمال لعدم نظافته أو سواء سلوكه أو لأى سبب كان ، كما اشترط في العقد أن للمحكمة الحق فى التفتيش على المقاصف والعمال فى أى وقت ، والأمر باجراء النظافة واستبدال الغير لائق من المعدات عى حساب المدعى عليه اذا قصر فى هذا الشأن ، وكذلك نص فى العقد على حق المحكمة فى فسخ العقد والاخلاء دون حاجة الى تنبيه أو انذار ، وهذه كلها شروط غير مألوفة فى العقود الخاصة المماثلة » ٠

« ومن حيث انه على مقتضى ما تقدم يكون العقد سالف الذكر قد اتسم بالطابع المميز للعقود الادارية من حيث اتصاله بمرفق عام ، وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط استثنائية ٠٠٠ »

كما أن المحكمة الادارية العليا تفعل ذات الشىء ، فهى تقرر فى حكمها الصادر فى ١٣ مايو سنة ١٩٦١ (س ٦ ص ١٠١٢) أنه « من المسلم به أن العقد الادارى يتميز باحتوائه على شروط غير مألوفة فى العقود المدنية ، الغرض منها ضمان حسن سير المرافق العامة ، ومن ثم فان البند الذى يخول الادارة الحق فى توقيع العقوبات على المخالف جائز قانونا ، والقول انه يطلق يد الادارة فى توقيع الغرامة التى تقدرها بلا قيد من حيث مقدرها ، هذا القول مردود بأن استعمال الادارة حقها المخول لها فى هذا البند من حيث فرض الغرامة على المخالف ، خاضع لرقابة القضاء الادارى للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف » ٠

وفى حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ (س ٧ ص ٥٢٧) ، بعد أن أبرزت صلة العقد بالمرفق العام بقولها « ٠٠٠ وهكذا يكون التعاقد قد انصب على شىء يتعلق باحتياجات المرفق العام وتسييره » استطردت توضح قائمة الشروط الاستثنائية التى انطوى عليها التعاقد ٠ ومن هذه الشروط فى نظر المحكمة فى ذلك الحكم :

(أ) النص على حق الهيئة الدائمة لاستصلاح الأراضى فى توقيع غرامة يومية قدرها جنية عند الاخلال بأى شرط من شروط العقد .

(ب) النص على حق الهيئة المشار اليها المطلق فى فسخ العقد اذا أخل المورد بأى شرط من الشروط .

(جـ) أستقلال الادارة المتعاقدة بوضع شروط العقد .

وهذه الأحكام المطولة – سواء فى فرنسا أو فى مصر – تكشف عن طبيعة الشروط غير المألوفة .

ومن الأمثلة الحديثة للشروط الاستثنائية التى حرصت المحكمة الادارية العليا على ابرازها :

– حكمها الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١٠٩٤) حق الادارة فى التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر وتوقيع الجزاءات عليه دون رجوع الى القضاء .

– حكمها الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٧ (س ١٣ ، ص ٣٥٩) شروط الالتزام بالخدمة فى عقود التعليم والا دفع نفقات الدراسة بالكامل .

– حكمها فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ص ٨٧٤) حق الادارة فى « تعديل الخطوط (خط الملاحة النهرى) والتعريفة ونظام السير والمواعيد وتوقيع الغرامات عن عدم تسيير المنشآت وما الى ذلك » .

– حكمها فى ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٤ ، ص ٩٥٣) حق وزارة التربية والتعليم فى اسقاط حق المؤلف بصفة مطلقة لصالح الوزارة ، وحقها فى تنقيح المؤلف وتعديله كما تشاء دون أن يكون للمؤلف حق الاعتراض على ذلك .

ويمكن رد هذه الشروط غير المألوفة الى أفكار رئيسية ، كما يمكن الاستدلال عليها بقرائن معينة . ونجمل ذلك كله فيما يلى :

أولا : الشروط التى تتضمن امتيازات للادارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر[1] : وهـذه الامتيازات فى مجال شروط العقد ، هى أبرز ما يميز العقود الادارية ، اذ بمقتضاها تستطيـع الادارة أن تحمل المتعاقد معها ، وبارادتها المنفردة ، التزامات تجعل موقف المتعاقدين فى العقود الادارية غير متكافىء · فمنذ الخطوات الأولى فى ابرام العقـود الادارية يتجلى هـذا الاخلال بقاعدة مسـاواة المتعاقدين · فالفرد الذى يتقدم بقصد التعاقد فى مناقصة أو مزايدة عامة يلتزم بمجرد تقدمه ، أما الادارة فلا تلتزم الا فى وقت متأخر ، وقد لا تلتزم اطلاقا كما سنرى فيما بعد · وفى بعض العقود قد تشـترط الادارة شروطا هى من قبيل شروط الأسـد فى القانون الخاص · وبينما يلتزم الأفراد بمجرد التعـاقد ، فان الادارة قد لا تلتزم بشىء اطلاقا ، بل وقد تحتفظ بحقها فى التحرر من العقد كلية ، كما هو الشأن فى عقد طلب تقديم المعاونة على التفصيل الذى نعرض له فى موضعه · وتتجلى تلك الشروط فى تنفيذ العقد على وجـه الخصـوص · فالادارة تضمن عقـودها الادارية باستمرار شروطا تحتفظ لنفسها بمقتضـاها بالحق فى تعديل التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو بالزيادة ، وبسلطة التدخل للاشراف على تنفيـذ العقد ، وتغيير طريقة التنفيذ ، ووقف التنفيذ مؤقتا ، وفسخ العقد أو انهائه بارادتها المنفردة دون حاجة لرضاء الطرف الآخر · وأخيرا فان من تلك الشروط ما يخول الادارة حق توقيع عقوبات على المتعاقد معها فى حالة اخلاله بالتزاماته دون حاجة الى وقوع ضرر أو الالتجاء الى القضاء ··· الخ

هـذه الشروط يبرزها القضاء الادارى المصرى باستمرار سواء فى قضاء المحكمة الادارية العليا أو محكمة القضاء الادارى ، وقـد رأينا بعض الأمثلة لهذا القضاء ·

---

(١) «La notion de prérogative exorbitante».

ثانيا : ومن الشروط غير المألوفة ما يخول المتعاقد مع الادارة سلطات استثنائية فى مواجهة الغير[1] : بمعنى أنها تخول المتعاقد مع الادارة الحق فى ممارسة بعض مظاهر السلطة التى تمارسها الادارة عادة ، وبالقدر الذى يستلزمه تنفيذ العقد الادارى . وواضح أن مثل هذه الشروط لا نظير لها فى العقود التى تتم فى نطاق القانون الخاص بين الأفراد .

وعلى هذا الأساس كثيرا ما تتضمن عقود امتياز المرافق العامة شروطا تخول الملتزمين حق ممارسة بعض سلطات البوليس ، أو حق نزع الملكية ، أو فرض ارتفاقات معينة . كما أن المقابل الذى يتقاضاه الملتزم من المنتفعين ـ وفقا لبعض الآراء وكما سنرى فيما بعد ـ هو رسم يخضع لأحكام القانون العام وليس أجرا فى مقابل الخدمة كما هو الشأن فى عقود القانون الخاص . ثم ان بعض الشروط التى ترد فى عقد الامتياز ـ دون أن تتضمن تفويضا صريحا فى ممارسة مظاهر السلطة العامة السابقة ـ فانها تتسم بصفات تجعلها غير مألوفة فى العقود الخاصة . ومثال ذلك تخويلها الملتزم استعمال واستغلال الدومين العام بطريقة تجعله صاحب احتكار فعلى «monopole de fait» فتؤدى تلك الشروط بالتبعية الى تقييد حرية المشروعات المنافسة[2] .

وكثيرا ما نجد فى عقود الأشغال العامة شروطا تخول المقاول حق شغل بعض العقارات الخاصة لمدة محدودة «privilège d'occupation temporaire» دون حاجة لرضاء ملاكها مقدما . وهذا من حقوق السلطة العامة التى تمارسها الادارة عادة . وبعض العقود الأخرى تخول المتعاقد مع الادارة سلطة الاستيلاء على بعض المنقولات جبرا «droit de requisition»

ثالثا ـ الاحالة الى دفاتر شروط معينة[3] : سنرى عند دراستنا لكيفية ابرام عقود الادارة أن الادارة كثيرا ما تعد شروطا

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية «Nancie» المجموعة ص ٢٣١ .

(٢) «Prérogatives octroyées par le contrat au cocontractant à l'égard des tiers».

(٣) «La référence à un cahier des charges de l'administration»

موحدة لطوائف مختلفة من العقود الادارية ، وتضمنها دفاتر تطبع وتعد مقدما قبل التعاقد ، وتعتبر جزءا من العقد الادارى بعد ابرامه بجوار الشروط الخاصة التى يتفق عليها بين الادارة وبين المتعاقد الآخر · فاذا لم يتضمن العقد شرطا غير مألوف ، ولكنه أحال الى دفاتر الشروط تلك ، فهل تعد هذه الاحالة بمثابة شرط استثنائى يضفي الصفة الادارية على العقد ؟!

تتوقف الاجابة على طبيعة الشروط الواردة فى الدفتر المشار اليه : فاذا كانت تلك الشروط استثنائية وغير مألوفة ، فلا شك فى أن العقد يصبح اداريا ، لأن الاحالة على دفتر معين ، يجعل الشروط الواردة به جزءا لا يتجزأ من العقد ، وكأنها قد وردت به صراحة ·

أما اذا كانت الدفاتر المحال عليها لا تتضمن شروطا غير مألوفة ، فان الاحالة عليها لا تتضمن ما يفيد فى تحديد طبيعة العقد «référence inutile» [١] ·

رابعا : شروط جعل الاختصاص للقضاء الادارى[٢] : كثيرا ما تضمن الادارة عقودها شرطا تجعل الاختصاص بمقتضاه للقضاء الادارى فى كل ما يتعلق بالمنازعات المتولدة عن العقد · فهل يكفى هذا الشرط للكشف عن طبيعة العقد الادارية ؟! لقد رأينا أن فكرة العقود الادارية بتحديد القانون تقوم على أساس مشابه ، لأن تلك العقود تكتسب الصفة الادارية لمجرد أن المشرع قد جعل الاختصاص بنظر المنازعات المتولدة عنها للقضاء الادارى · ولكن مجلس الدولة

---

(١) قضاء مطرد : حكم التنازع الصادر فى ١٧ يوليو سنة ١٩٢٣ فى قضية «Sté des magassins généraux» المجموعة ص ٥٨١ وفي ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ · فى قضية «Siret» «Siret, Rev. prat. de dr adm. 1954 no. 350»

ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص حكمه الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية «Bureau de l'édition musico-mécanique» سيرى سنة ١٩٤٠ القسم الثالث ص ٩ مع تعليق مستر ، وفى ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Trahand» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٥ مع تعليق جيز ·

(٢) «Les stipulations attributives de compétence»

الفرنسى لم يعمل الشرط الاتفاقى فيما يتعلق بالاختصاص على اطلاقه ، بل يحاول أن يوفق بين مبدأين :

(أ) المبدأ الأول : هو حرية المتعاقدين فى الاختيار بين العقود الادارية وعقود القانون الخاص ·

(ب) المبدأ الثانى : أن الادارة لا تستطيع باتفاقاتها مع الأفراد أن تعدل قواعد الاختصاص ، لأن تلك القواعد تتعلق بالنظام العام ·

وباعمال هذين المبدأين ، ينتهى القضاء الى أن شرط الاختصاص لا يمكن أن يؤثر بذاته على طبيعة العقد · ولكنه قد يكشف عن طبيعة العقد اذا كان العقد بذاته اداريا[1] ، وبالتالى فان دور هذا الشرط يمكن تلخيصه فيما يلى :

١ ــ لا قيمة للشرط اطلاقا اذا كانت طبيعة العقد واضحة · فاذا كان العقد اداريا بطبيعته لاحتوائه على شروط استثنائية وغير مألوفة ، فان شرط الاختصاص يصبح مجرد توكيد لحقيقة ثابتة من قبل · فاذا كان العقد خاصا بطبيعته ، كما لو كان موضوعه يتعلق بالدومين الخاص مثلا ، فان القضاء يهدر الشرط باعتباره مخالفا للنظام العام[2] ·

٢ ــ أما فائدة الشرط فتتجلى فى حالة ما اذا كانت طبيعة العقد غير واضحة ، بمعنى أن العقد الذى ورد به الشرط قد يكون اداريا أو خاصا وفقا لارادة المتعاقدين ، ففى هذه الحالة اذا ما كانت الشروط غير قاطعة فى اضفاء الصبغة الادارية على العقد ، لكونها مجرد قرائن ترجح الصبغة الادارية ، فحينئذ يكون شرط الاختصاص ، بالاضافة الى القرائن الأخرى ، العامل الحاسم فى ابراز صفة العقد الادارية · وهذا هو مسلك مجلس الدولة الفرنسى والذى وضع أساسه فى حكمه الصادر فى ١٩ يونية سنة ١٩١٨ فى

---

(١) راجع مطول دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٨١ حيث يقول :

«Il en resulte que la clause attributive de compétence ne peut avoir d'effét qué si elle répond à la nature réelle du contrat dans lequel elle a été insérée».

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٨ يوليو سنة ١٩١٦ فى قضية «Sté. gén. de gaz du Midi» المجموعة ص ٣٣٠ وفى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ فى قضية «Dep. de l'ain.» المجموعة ص ١٩١ ·

قضية «Sté. des voiliers français» [١] ، حيث اقترن شرط الاختصاص، بالاشارة الى « تقاليد وزارة البحرية[٢] والذى جاء فيه :

«Si la clause prévoyant que les contestations seraient jugées administrativement ne pouvait etre par elle-meme attributive de competence, elle n'en a pas moins eu pour effet d'indiquer la commune intention des parties en ce qui concerne le caractère de la convention intervenue entre elles».

خامسا : اشتراك المتعاقد مع الادارة مباشرة فى تسيير المرفق العام[٣] : اذا خلا العقد من الشروط غير المألوفة أو القرائن السابقة ، فان القضاء الادارى الفرنسى يعتبره اداريا اذا كان من شأنه أن يؤدى الى اشراك المتعاقدين مباشرة فى تسيير المرفق العام ٠

وعلى هذا الأساس استقر القضاء الادارى على أن عقد امتياز (أو التزام) المرافق العامة هو عقد ادارى باستمرار ، لأنه يؤدى الى اشتراك الملتزم فى ادارة المرفق العام بنفسه «Participe lui-même à l'exécution du service public» ٠ وطبق الفكرة السابقة فيما يتعلق بالعقود التى تبرمها الدولة ، لا سيما فى وقت الحرب ، بقصد نقل الجنود ٠ فاذا اقتصر مؤجر السفينة على وضع سفينته تحت تصرف الدولة دون أى مشاركة من جانبه ، فالعقد يعتبر عقد ايجار من عقود القانون الخاص ٠ أما اذا تولى بنفسه وببحارته نقل الجنود ، فان العقد يعتبر اداريا[٤] ٠ على أن بعض الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسى توحى بأن المشاركة فى تسيير المرفق العام فى الحالات السابقة لا يمكن أن تؤدى بذاتها الى صيرورة العقد اداريا ، بل يتعين أن يسير المرفق فى هذه الحالة وفقا لقواعد القانون

---

(١) المجموعة ص ٥٩٧ ٠

(٢) «La référence aux usages du département de la marine».

(٣) «La participation directe du cocontractant à la gestion même du service».

(٤) حكم التنازع الصادر فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ فى قضية «Manon» المجموعة ص ٧٩٥ وحكمها الأحدث الصادر فى ٦ أكتوبر سنة ١٩٤٦ فى قضية «Sté franco. tunisienne» المجموعة ص ٣٢٧ وحكم المجلس الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٤٧ فى قضية «Grange» مجموعة سيرى سنة ١٩٤٩ ، القسم الثالث ، ص ٦ ٠

العام ، لأنها هى التى تتطلب وسائل غير مألوفة فى معاملات الأفراد فيما بينهم[١] .

ولكن هذا القضاء الأخير لا ينسجم مع ما هو مستقر من أن عقود امتياز المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادى (الصناعية والتجارية) هى عقود ادارية باستمرار بالرغم من أن معظم نشاط تلك المرافق يخضع القانون الخاص[٢] .

سادسا : العقـود التبعية والتكميلية : اذا ما كان العقـد محل النزاع قائما بذاته ، فانه يمكن تحديد طبيعته القانونية فى ضوء الضوابط الثلاثة السابقة • على أنه يصادفنا فى العمل حالة العقود التكملية والتبعية التى لا توجـد الا مستندة الى عقد سابق • وهنا تمتد طبيعة العقد الأصلى الى العقد التكميلى أو التبعى • وقد طبقت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ فى حكمين من أحكامها على النحو التالى :

أولا — حكمها الصـادر فى ١٨ مايو سـنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٩٥٣) وتتلخص ظروفه فيما يلى :

أبرمت وزارة التربية والتعليم عقدا مع بعض المؤلفين تنازلوا بمقتضاه عن تأليف كتاب المطالعة للمدارس الاعدادية الجزء الثانى ، وتعهدوا بمراجعة تجارب الكتاب • وقد حدث أن طبع هذا الكتاب أكثر من مرة ، وفى احداها اختارت الوزارة أحد المؤلفين لمراجعة

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١١ يونيو سنة ١٩٤٨ فى قضية «jonvet» دالوز سنة ١٩٤٨ القسم الثالث ص ٥٣٧ مع تعليق «Blaevoet» • وحكمه الصادر فى ١٠٤ مايو سنة ١٩٤٨ فى قضية «Jacquin» مجلة القانون العـام سـنة ١٩٤٩ س ٦٠٠ مع تعليق فالين ، ويتعلق هـذا الحكم الأخير بأن احـدى البلديات تعاقدت مع أحـد الأفراد على اطلاق صـواريخ فى ١٤ يوليو • فقضى المجلس بأن العقد مدنى وبرر ذلك بقوله :

«Considérant que le service public à l'exécution du quel a participé cet artificier ne présentait, en ce qui concernait le tir du feu d'arifice qu'il devait réaliser, aucune modalité de fonctionnement de nature à donner à cette operation un caractère different décelui qu'elle aurait revêtu si elle avait été éffectuée pour le compte d'un particulier».

(٢) مطول أندريه دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٧٢ هامش رقم ١٣ •

تجارب الطبعات ، فأخطأ فى الغلاف خطأ ترتب عليه اعادة طبعه • فرجعت عليه الوزارة بالتكاليف أمـام محكمة القضـاء الادارى • فدفع المؤلف بانقضـاء العقد بتنفيذه أول مرة ، وأن الخطأ الذى رفعت الدعوى بشأنه ليس خطـأ تعاقديا ، وأنه حتى مـع التسليم بوجود عقد ، فانه ليس من العقود الادارية ، لأن مراجعة تجارب (أو بروفات) الكتاب لا يحتوى على الشروط الاستثنائية التى يلجأ اليها فى تمييز العقود الادارية • وأقرت محكمة القضـاء الادارى الدفع الأول ، وقضت بعدم الاختصـاص • ولكن المحكمة الادارية العليا ألغت حكمها ، وأقرت مبدأين هامين :

المبدأ الأول : أن ثمة عقدا غير مكتوب • وبحسب قول المحكمة : « ومن حيث أن العقد غـير المكتوب ولئن كان غير مألوف فى المجال الادارى بسبب جنـوح الادارة عـادة الى اثبات روابطها العقـدية بالكتابة[1] ، الا أنه لا يزال يؤدى دورا مكملا لبعض أنواع العقود الادارية ، فقـد تركن اليه مع بعض المتعـاقدين اذا اتفقت معهم على تكميل أغراض التعاقد الأصلى من ناحية من النواحى التى انصب عليها • وهـذا الأسلوب التعاقدى يخلق مشكلة التعرف على طبيعة هذا العقد اذا أعوزه بعض الخصائص التى يتسم بها العقد الادارى كعنصر الشروط الاستثنائية مثلا » •

المبدأ الثانى : أن صفة العقد الأصلى تمتد الى العقد المكمل : تقول المحكمة : « ولقد قطع القضاء الادارى الفرنسى فى هذا الصدد بأن هذا العقد المكمل تنصرف اليه طبيعة العقد الأصلى بحكم ارتباطه به ، وتعويله عليه ، واذن فلا حاجه البتة الى إستظهار أركان العقد الادارى فيه » •

ولما كان العقد الأصلى ــ عقد التأليف ــ يسهم فى تسيير مرفق التعليم ، وقد انطوى على شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون

(١) وسوف ندرس هذه النقطة فيما بعد •

الخاص ، فان المحكمة قد انتهت الى اضفاء الصبغة الادارية على العقدين الأصلى والتكميلى ، وهو اجتهاد سليم ٠

ثانيا — حكمها الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٢٦٣) : وتجرى وقائمة على النحو التالى :

استأجر أحد المواطنين قطعة أرض من مصلحة المحاجر والمناجم لاقامة مصنع طوب عليها ، ولتشوين بعض المواد اللازمة للصناعة ، وذلك فى ظل القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ (المناجم والمحاجر) ابتداء من ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥١ ٠ ثم صدر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ الذى حل محل القانون الأول وخفض الايجار للمتر المربع من ٨٠ جنيها الى ٢٠ جنيها ، كما قرر بعض الاعفاءات ٠ طالبت الادارة بقيمة الأجرة على أساس القانون الأول ٠ ولما وصل النزاع الى محكمة القضاء الادارى أثيرت بشأنه عدة دفوع يعنينا منها الدفع بعدم الاختصاص ، نظرا لأن العقد من عقود القانون الخاص ، لأنه ينصب على استئجار قطعة أرض من أملاك الدولة الخاصة وهو لا يتصل باستغلال منجم أو محجر : « اذ الثابت أن الأرض موضوع النزاع هى من أملاك الدولة الخاصة وأنها أجرتها للمدعى مصنعا لانتاج الطوب الأجوف ، والمنتجات الأسمنتية ، وليتخذ منها حوش تشوين نظير جعل معين ، وأن تلك الأرض لا تتضمن مواد محجرية يمكن استخدامها فى الأغراض التى أقيم من أجلها المصنع » ٠

ولكن المحكمة الادارية العليا قد رفضت هذا الدفع : « ومن حيث ان هذا الدفع مردود بأن مصلحة المناجم والمحاجر لا تقوم — طبقا لما تقضى به القوانين المتعاقبة فى شأن المناجم والمحاجر — بتأجير أرض خارج مناطق البحث والاستغلال لاقامة مبان أو منشآت أو مد خطوط ديكوفيل أو لتكوين « أحواش تشوين » الا تبعا لترخيص بالبحث أو عقد استغلال منجم أو محجر ، فمثل هذه العقود تعتبر عقودا تبعية لتراخيص البحث وعقود الاستغلال ، ومتفرعة

عنها • ومن المبادىء المقررة أن العقد التبعى أو المتفرع عن عقد أصلى يسرى عليه ما يسرى على العقد الأصلى • ومن ثم تأخذ عقود تأجير هذه الأراضى حكم تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم والمحاجر • ولا خلاف فى أن هذه التراخيص تعتبر قرارات ادارية ، كما تعتبر عقود الاستغلال المترتبة عليها عقودا ادارية ، وبهذا جرى قضاء هذه المحكمة » •

وهكذا أصبح هذا المبدأ النظرى مطبقا أمام المحكمة الادارية العليا • ومن المسلمات أن المبادىء التى تقررها المحكمة الادارية العليا هى مبادىء ملزمة لمحاكم مجلس الدولة الأخرى ، وتؤدى مخالفتها الى قبول الطعن أمام المحكمة الادارية العليا فى الأحكام الصادرة على خلافها •

تلكم هى الشروط الأساسية التى يجب توافرها فى عقود الادارة لكى يصبح العقد اداريا ، والتى يرددها معظم الفقهاء فى مؤلفاتهم أو تعليقاتهم[١] وهى التى يشير اليها مفوضو الدولة فى تقاريرهم أمام مجلس الدولة الفرنسى • كما أن معظم أحكام مجلس الدولة الفرنسى ، وقد أوردنا الكثير منها ، تشير الى تلك الشروط بما لا يدع مجالا للشك فى لزومها جميعا • وأخيرا فان أحكام القضاء الادارى المصرى قاطعة فى هذا الخصوص •

غير أن فريقا من الفقهاء يذهب الى اهدار شرط المرفق العام ، اكتفاء بالشرط الثالث ، بمعنى أنه اذا تضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص ، فان العقد يصبح اداريا بغض النظر عن علاقته بالمرفق العام[٢] » •

---

(١) راجع بجو'ر ما سبق ذكره ، جيز ، مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٢ ، وفالين مطوله فى القانون الادارى ، الطبعة السادسة ص ٥٦١ ، وتعليق لستر فى سيرى سنة ١٩٢٨ ، القسم الأول ص ٢٠١ • وبيكينو ودى لوبادير ، المرجعان اللذان أشرنا اليهما أكثر من مرة •

(٢) راجع بهذا المؤلف الفقيه «René Chapus» وموضوعه :
«Responsabilité publique et responsabilité privé»
طبعة سنة ١٩٥٤ ، ص ١٠٩ حيث يستعرض قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد مركزا الضوء على عنصر الشروط الاستثنائية وحدها • =

ولم يبق الاتجاه السابق بمعزل عن القضاء الادارى ، فقد وجدت فيه أحكام — وان تكن قليلة — الا أنها تعكس الرأى السابق ، ونكتفى بالاشارة الى بعضها :

حكم التنازع الصادر فى ٢٧ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Paulabeuf» (وقد سبقت الاشارة اليه) وقد اهتم اهتماما بالغا بفحص شروط العقد ، وأبرز الصفة الاستثنائية وغير المألوفة على النحو الذى أوردناه ، ولكنه لم يتحدث عن فكرة المرفق العام اطلاقا ، بل لقد كان موضوع العقد بعيد الصلة عن المرفق العام ، ويقوم على استغلال محجر يملكه أحد الأفراد واستولت عليه الدولة .

وذهبت بعض الأحكام الأخرى خطوة أبعد من ذلك ، فلم تكتف بتجاهل شرط المرفق العام ، وانما ذكرت صراحة أن احتواء العقد الذى تبرمه الادارة على شروط غير مألوفة ، يجعل هذا العقد اداريا ولو كان منبت الصلة بالمرفق العام . نجد هذا المعنى واضحا فى حكم التنازع الصادر فى ٦ يوليو سنة ١٩٤٦ فى قضية «Etat C. sté des établissements Frigorifiques Lyonnais» والذى جاء فيه أنه وان كان العقد المبرم بين الشركة والادارة لا يؤدى الى اشتراك الشركة فى تنظيم المرفق العام ولا فى تسييره ، فان المادة العاشرة منه قد أخضعت تنفيذ العقد للشروط الواردة فى دفتر الشروط العامة التى تخضع لها عقود وزارة الحربية ، وهذه الاحالة الى شروط تخرج على المألوف فى القانون الخاص فى كثير من النواحى تطبع العقد بالصفة الادارية[1] .

ثم ان مجلس الدولة الفرنسى — بروحه العملية التى لا تهتم كثيرا بالمعايير النظرية — قد أصدر أحكاما ، وان تكن قليلة فانها قد

= فى مصر دافع عن وجهة النظر السابقة الدكتور ثروت بدوى فى رسالته عن عمل الأمير ، طبعة سنة ١٩٥٥ ص ١٧ وما بعدها . كما تبنى وجهة النظر ذاتها ، الدكتور أحمد عثمان عياد فى رسالة عنوانها « مظاهر السلطة العامة فى العقود الادارية » . طبعة سنة ١٩٧٣ وقد أعدها بأشراف الدكتور ثروت بدوى .

(١) المجموعة ص ٣٢٩ .

خرجت على الضوابط التى تقيد بها فى مجال معيار العقد الادارى ، ونجد أشهر تطبيقات هذه الحالة فى حكمة الشهير الصــادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٧٣ فى قضية «Soc. d'exploitation électrique de la rivière du sant» المجموعة ص ٤٨ ٠ فقــد اعتبر من قبيل العقــود الادارية العقــود التى تبــرمهــا بعــض جهــات الادارة لشراء الكهرباء من منتجى القطاع الخاص الذين لم يشملهم التأميم لمجرد أن المشرع قد أخضع هذه العقود لنظام استثنائى «un régime exorbitant du droit sommun» يتمثــل فى ضرورة الالتجــاء الى وزيــر الــكهربــاء بصدد كل نزاع ينشب بين الادارة وبين منتجى الكهرباء قبل اللجوء الى القضــاء ٠ وقــد اعتبر بعض الفقهاء هــذا الحكم بمثابة أزمة «crise» فى مجال العقــود الادارية ٠ وبارلغم من ذلك فقــد أقــرت محكمة التنازع هذا الاتجاه (حكمها فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٧٨ فى قضية «Soc. boulangerie du Kourou» المجموعة ص ٦٤٥)[1]

وهذا الاتجاه من بعض الفقهاء والأحكام ، يكشف عن الظروف المعاصرة التى تحيط بفكرة المرفق العــام كمعيار لتحــديد مجــال القانون الادارى ٠ فهناك ــ كما سبق أن ذكرنا ــ اتجــاه يرمى فى الوقت الحاضر الى احياء فكرة السلطة العامة لتحل محل فكرة المرفق العام فى تحديد مجال تطبيق القواعد الادارية ٠ ولكن وضع السلطة العامة موضع المرفق العام فى تحديد مجال تطبيق القانون الادارى ، هو فى رأينا وقوف عند الوسيلة دون اهتمام بالغاية ، وهو مسلك فى غاية الخطــورة ، لا سيما فى الوقت الحاضر الذى زاد فيه تدخل الادارة فى مختلف النــواحى ٠ فالمسلم به أن ســلطان الادارة ليس بغاية فى ذاته ، ولكنه وسيلة لتحقيق النفع العام ٠ والمرافق العامة هى أنجع وسائل الادارة فى تحقيق النفع العام ٠ وكل ما قد يؤخذ على فكرة المرفق العام ، أن النفع العــام لا يتحقق دائما عن طريق مرفق عام ، أو على الأقل لا يرتبط فى جميع الحالات ارتباطا مباشرا بمرفق عام ٠ ومن ثم فقد نادى الفقيه فالين باستبدال فكرة النفع

---

(١) وراجع مؤلف الفقيه «René Chapus» المرجع السابق ، ص ٣٧٢ ٠

العام بفكرة المرفق العام · ولكن هذه الفكرة لا يمكن أن ترقى الى درجة المعيار ، ولن تغنى عن فكرة المرفق العام ، لأنها فكرة غير محددة ، ولأن النفع العام هو المحرك لنشاط الادارة كله · والمسلم به أن نشاط الادارة لا يتم جميعه فى نطاق القانون الادارى · ثم ان الادارة لا تحتكر تحقيق النفع العام ، وانما يشاركها فى ذلك الأفراد بدرجة تتزايد يوما بعد يوم ، بل وبتشجيع من الادارة ذاتها كما ذكرنا ·

ومن ثم ، فان الأحكام السابقة التى تقف عند الشروط غير المألوفة ، وتهمل صلة العقد بالمرفق العام ، ما تزال قليلة كما ذكرنا ، بالقياس الى تلك التى تربط بين الشرطين · ونرى من المصلحة العامة أن نقرن بين الشرطين فى مصر ، مع التوسع فى معنى المرفق العام ، لأن وسائل القانون العام المنطوية على عنصر السلطان ، انما تقررت نزولا على مقتضيات سير المرافق العامة · أما فى غير تلك الحالة ، فعلى الادارة أن تلجأ الى وسائل القانون الخاص · وبذلك نضمن التوفيق بين الصالح العام ومصالح الأفراد وحرياتهم[1] ·

وأخيرا ، فقد رأينا أن هذا المسلك الذى ندافع عنه ، هو الذى يلتزمه القضاء الادارى المصرى فى أحكامه حتى الآن ، وقد أيدته أخيرا المحكمة الدستورية العليا فى أحكامها التى أوردناها فيما سلف ·

تحديد طبيعة الاتفاقات المركبة

يحدث فى العمل أن نكون أمام اتفاق مركب «convention complexe» تبرمه الادارة ويحتوى على عناصر متنوعة ، ولو طبقنا عليها المعيار السابق فى التمييز بين العقود الادارية وعقود القانون الخاص ، لوجدنا أن الاتفاق ينطوى فى حقيقة الأمر على نوعين من العقود : عقد ادارى وعقد من عقود القانون الخاص · فهل يفصل القضاء بين

(١) فى التفاصيل · راجع مؤلفنا « مبادىء القانون الادارى » المرجع السابق حيث ناقشنا تطورات هذا الموضوع بالتفصيل ·

كل نوع من الشروط ، ويطبق عليه النظام القانونى الذى يحكمه ، أم يعامل الاتفاق ككل ويخضعه لنظام قانونى واحد ؟! مثال ذلك أن تبرم الادارة اتفــاقا يشتمل على عناصر أشغال عامة ، ــ مما يعتبر عقدا اداريا فى جميع الحالات كما ذكرنا ــ وينطوى فى ذات الوقت على عناصر عقــد توريد مما يعتبر اداريا أو مدنيــا وفقا لطبيعته الذاتية ٠

يجرى القضاء الادارى فى فرنسا ــ فى مثل الحالة السابقة ــ على معاملة الاتفاق ككل : (Le principe de l'unité de la convention) بمعنى أن ينظر القاضى الى العنصر الغالب (L'élément prédominant) ويطبع الاتفاق بطابعه ٠ ومن ذلك قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى موضوع تأجير الادارة لينابيع المياه المعدنية (Les baux de sources thermales) اذا تضمــن التأجــير عنــاصر أشغــال عامة أو امتيــاز بمرفق عام[١] ٠ ويمكن أن نعتبر من هــذا القبيل فى مصر فتــوى مجلس الدولة فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٧ (سبقت) والتى اعتبرت مجموعة الاتفاقات التى تمت بين الادارة وبين المتعاقد بخصــوص استصلاح وتعمير منطقة المقطم والمنتزه بمثابة عقد امتياز يخضع للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ٠

هذا ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على تغليب الجوانب الادارية فى الاتفــاق على أساس ترجيح المصلحة العــامة ، بحيث لا يهمل القضــاء تلك الجوانب ، الا اذا كانت ضئيلة بالقياس الى الجوانب المدنية فى العقد[٢] ٠

---

(١) راجع حكم مجلس الدولة الصادر فى ٢٢ يناير ســنة ١٩٣٠ فى قضــية «Ste des automobile Talbot» المجمــوعة ص ٨٦ وفى ٣ يوليــو ســنة ١٩٢٥ فى قضية «de Mestral» دالوز سنة ١٩٢٦ القسم الثالث ص ١٧ وفى ١١ يونيو سنة ١٩٥١ فى قضية «Allard» المجموعة ص ٣٢٧ وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية «Sté des pêcheries Fecamp et Ste J. Huret» المحموعة ص ١٥٠ ٠

(٢) حكم التنازع الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٠ فى قضية «Boyer et jullian» دالوز سنة ١٩٣١ القسم الثالث ص ٣٣ ، حيث اعتبرت الاتفاق مدنيا رغم احتوائه رغم احتوائه على عناصر ضئيلة من الأشغال العامة ٠

على أنه بالرغم من المبدأ السابق ، فان الفصل فى الاتفاق المركب — بل وحتى فى نطاق العقد الواحد — بين الجوانب الادارية والمدنية متعين فى بعض الحالات ، كنتيجة لاعمال قواعد الاختصاص . ومرد ذلك الى الأحكام المنظمة لفكرة المسائل الأولية «La théorie générale des questions prejudicielle» فالمسلم به فى القضاء الفرنسى أنه اذا علق الفصل فى موضوع النزاع على مسألة أولية تدخل فى اختصاص جهة أخرى فانه يتعين الرجوع الى تلك الجهة للحصول على حكم منها فى المسألة الأولية قبل التصدى للموضوع . وعلى هذا الأساس يجرى القضاء الادارى فى فرنسا على آن حسم المنازعات المتعلقة بالملكية والتى تثار عند التصدى للفصل فى المنازعات الخاصة بعقد ادارى ، انما هو من اختصاص القضاء المدنى[1] . كما أن تقدير مشروعية القرارات الادارية التى يثيرها النزاع بمناسبة عقد من عقود القانون الخاص أمام المحاكم القضائية ، هو من المسائل الأولية التى يتعين الاحالة فيه الى القضاء الادارى قبل الفصل فى الموضوع[2] .

وسوف نعود الى تفصيل هذا الموضوع فيما بعد

---

(١) حكم النقض المدنى الصادر فى ٢٠مايو سنة ١٩٤١فى قضية «Cons. Trabut» دالوز سنة ١٩٤١ ص ٢٥٨ .

(٢) حكم مجلس الدولة الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩٢٠ فى قضية «Ville de Rennes» المجموعة ص ٧٩٩ .

وحكم الدوائر المجتمعة بمحكمة النقض فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Soc. merid des vins» دالوز سنة ١٩٣١ ، القسم الأول ص ٨٥ مع تعليق فالين .

الباب الثالث

التعريف بأهم العقود الادارية

يمكن تقسيم العقود الادارية على النمط المعروف فى القانون الخاص : فمنها ما يرتب التزامات فى جانب كل من الطرفين المتعاقدين «Les contrats synallagmatiques»

وهذا هو الأصل فى العقود الادارية ، كما هو الشأن فى عقود القانون الخاص . ومنها ما يرتب التزامات فى جانب واحد «C. unilateraux» وسنرى أن ثمة عقودا ادارية من هذا القبيل .

ومن عقود الادارة ما يؤدى الى افادة كل من الطرفين المتعاقدين «C. à titre onéreux» وهذا هو الغالب . ومنها ما يؤدى الى افادة طرف واحد «C. à titre gratuit» ثم ان بعض عقود الادارة فورى التنفيذ «C. à exécution instantanée» ولكن معظمها منجم التنفيذ «C. à exécution successive»

وأخيرا فهناك العقود الادارية المسماة «C. nommés» التى لها نظام قانونى خاص معروف مقدما . والعقود الادارية غير المسماة ، التى تبرمها الادارة على خلاف المألوف كلما تطلبت ذلك مقتضيات سير المرافق العامة .

ومعظم التقسيمات السابقة ليست لها أهمية خاصة فيما يتعلق بالنظرية العامة للعقود الادارية ، ولهذا نكتفى بالتعريف بأهم العقود الادارية التى تبرمها الادارة ، سواء أكانت مسماة أم غير مسماة .

الفصل الأول

عقد امتياز المرافق العامة

١ ـ عقد امتياز (أو التزام) المرافق العامة «La concession des services publics» هو أشهر العقود الادارية المسماة ، ولعله أهمها أيضا ، على الأقل فى الدول غير الاشتراكية ٠

ويمكن تعريفه بأنه عقد ادارى يتولى الملتزم ـ فردا كان أو شركة ـ بمقتضاه وعلى مسئوليته ، ادارة مرفق عام اقتصادى واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التى تضمنها الادارة عقد الامتياز ٠

وهذا وقد عرفته محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٦ بقولها : « ٠٠ ان التزام المرافق العامة ليس الا عقدا اداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو احدى وحداتها الادارية ، وطبقا للشروط التى توضع له ، بأداء خدمة عامة للجمهور ، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح ٠ فالالتزام عقد ادارى ذو طبيعة خاصة ، وموضوعه ادارة مرفق عام ، ولا يكون الا لمدة محدودة ٠ ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ، ويتقاضى عوضا فى شكل رسوم يحصلها من المنتفعين[1] ٠٠ء » ٠

---

(١) السنة العاشرة ص ٢٥٩ ٠ وعرفه مشروع التقنين الأول كما يلى : « الالتزام بمرفق عام « الامتياز » هو العقد الذى تبرمه جهة الادارة المختصة مع فرد أو شركة بقصد ادارة مرفق عام ذى صبغة اقتصادية لمدة معينة مقابل جعل يتقاضاه المتعاقد من المنتفعين بالمرفق » (مادة ٦٨) وعرفه قسم الرأى فى فتواه رقم ٣٦٩ فى ١٩٤٩/١٢/١٦ بأنه « عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه وعلى مسئوليته بادارة مرفق عام متحملا مخاطره وما تتطلبه ادارة هذا المرفق من أشغال عمومية اذا =

٢ ـ ويمتاز عقد التزام المرافق العامة على الراجع فقها وقضاء بأنه يحتوى على نوعين من الشروط :

شروط تعاقدية «clauses contractuelles» تحكمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، وهى الشروط التى لا تمتد الى كيفية أداء الخدمة للمنتفعين والتى يمكن الاستغناء عنها لو أن الادارة تولت استغلال المرفق بنفسها ٠ وشروط لائحية «C. règlementaires» تملك الادارة تعديلها فى كل وقت وفقا لحاجة المرفق العام موضـــع الاستغلال ، وهى التى تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين ٠ ومرجع ذلك ـ كما تقول محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٤٨٥ ورقم ١٣٦٧ السنة ٧ قضائية) ـ الى أن الدولة « ٠٠ وهى المكلفة أصلا بادارة المرافـــق العامة ، فانها اذا عهدت الى غيرها أمر القيـــام بها ، لم يخرج الملتزم فى ادارته عن أن يكون معاونا لها ، ونائبا عنهـــا فى أمر هو أخص خصـــائصهـــا ٠ وهـــذا النـــوع من الانابة ـ أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لادارة المرفـــق العام ـ لا تعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن ادارته واستغلاله ، وهى فى سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل فى شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل ٠٠٠ ولذلك فان عقـــد الالتزام ينشىء فى أهم شقية مركزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله ٠ وهذا المركز اللائحى الذى ينشئه الالتزام والذى يتصل بالمرفق العـــام هو الذى يســـود العملية بأسرها ٠

أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له ، وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام ٠٠٠ وأنه ولو أن الشروط اللائحية تتقـــرر باتفاق يبرم بين السلطـــة مانحة الالتزام

= لزم الأمر ، ويمنح فى سبيل ذلك مؤقتا بعض السلطة العامة ، وذلك مقابل جعل يؤديه الى جهة الادارة مما يحصله من أجور من الجمهور نظير استعمالهم للمرفق » مجموعة الأستاذ سمير أبو شادى ص ٩٧ ٠

والملتزم الا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ، ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية ، بل هو يقرر قاعدة تنشىء مركزا قانونيا أو لائحيا، فان حق الدولة فى تعديل هذا المركز بارادتها المنفـردة من الأمور التى تخرج عن نطاق الجدل[١] ••• » •

وتـؤكد المحكمـة الادارية العليـا ذات التكييف فى أحكـامها باسـتمرار ، ومن ذلك على سـبيل المثـال حـكمها الصـادر فى ١٩٧٧/١٢/٣٠ (قضية رقم ١١٠ ، السنة القضائية ١٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، مبدأ رقم ٢٣ ، ص ٢٧) حيث تقول : « ومن حيث أن المسلم به فقهاء وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم الى نوعين : شروط لائحية ، وشروط تعاقدية • والشروط اللائحية فقط هى التى يملك مانح الالتزام تعـديلها بارادته المنفـردة فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العـامة ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم • والمسلم به أن التعريفة أو خطوط السير وما يتعلق بهما ، من الشروط اللائحية القابلة للتعـديل بارادة مانح الالتزام المنفردة •• » •

(١) كما أن فتاوى القسم الاستشارى تأخذ بذات التكييف • ومن ذلك على سبيل المثال فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى رقم ٩٢ فى ١٩٥٦/٢/٤ (مجموعة الأستاذ سمير أبو شادى — ص ٥٣) وقد جاء فيها : « من المسلم فقها وقضاء أن مانح الالتزام يملك بارادته المنفردة تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم • وحق تعديل الشروط اللائحية مستمد من طبيعة موضوع العقد ، وهو المرفق العام ، اذ القاعدة الأساسية أن السلطة العامة هى صاحبة الكلمة العليا فى تنظيم وادارة المرافق العامة لتعلق ذلك بالصالح العام • فاذا تغيرت الظروف ، وأصبح نظام المرفق الذى تقرر وقت التعـاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة ، ولا يحق المنفعـة العـامة التى أنشىء لتحقيقها ، كان للسلطة العامة مانحة الالزام أن تغير هذا النظام ، وأن تفرض على الملتزم بمحض سلطتها النظام الذى تراهأدنى الى تحقيق المصلحة العامة • كما أنه من المسـلم أن التعريفة والشروط المتعلقة بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بارادة الادارة المنفردة ، وأنها تظل عملا من جانب واحد ولو كان تعديلها بنـاء على طلب الملتزم أو مترتبا على اتفاق أو مفاوضة معه ••• » •

وراجع أيضا فتواها فى ١٩٥٤/١١/٤ (رقم ٤١٤) ذات المجموعة السابقة ص ٥٤ •

ولصلة عقد الامتياز الشديدة بالمرافق العامة ، فانه يعتبر عقدا اداريا باستمرار · ومن ثم كان أول العقـود التى نص المشرع على اختصاص محكمة القضـاء الادارى المصرية بالنـظر فى المنازعات المتعلقة بها ·

٣ ــ ولقد كان هذا العقد من أكثر العقـود التى ثارت بشأنها منازعات بين الادارة والأفراد ، وأعلنت المحاكم القضائية ــ لاسيما المختلطة ــ بخصوصه مبدأ وجود عقـود ادارية متميزة عن عقـود القانون الخاص ، لصلتها الوثيقة بالمرافق العامة · ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم محكمة القاهرة المختلطة الصادرة فى ٢ أبريل سنة ١٩١٧ والذى جاء به « أن الامتياز عقد من عقود القانون العام «Constitue un contrat de droit public» [1] ولكن رغم هذه الحقيقة فقـد بقيت الصبغة المدنية غالبة على أحكامه مما اضطر المشرع ــ كما ذكرنا ــ الى أن ينظمه بأحكام خاصة بمقتضى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة (المعدل بمقتضى القانون رقم ٤٩٧ لسـنة ١٩٥٤ ورقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ و ١٨٥ لسنة ١٩٥٨) والذى أخذ بالمبادىء الأساسية المنظمة للعقود الادارية[2] ·

ولما كانت الادارة قد منحت عقود امتياز كثيرة قبل صدور القانون السابق ، فان المادة الثامنة منه قد نصت على سريان أحكامه من وقت صدوره على الالتزامات السابقة قطعا لدابر كل تفسير عكسى ، لأن الأحكام التى جاء بها هذا القانون ــ كما تقول مذكرته الايضاحية ــ « ·· مستقلة عن شروط عقود الالتزام وواجبة التطبيق ولو لم ينص عليها فى وثيقة الالتزام ، بل ولو نص على شروط تعاقدية تخالفها ،

---

(١) (Gaz. VII, 105 - 307) .

(٢) اعترفت المذكرة الايضاحية للقانون المشار اليه بهذه الاعتبارات حيث تقول : « وقد كان عقد التزام المرافق العامة ولو أنه من العقود الادارية ، معتبرا فيما مضى عقدا مدنيا أو تجاريا وكان لكل الشروط الواردة فيه صبغة التعاقد ، فهى بتلك المثابة قانون المتعاقدين ··· فأصبح ذلك العقد بحسب أحكام مجلس الدولة الفرنسى وآراء الفقهاء الفرنسيين من شـئون القانون الادارى ، وأصـبحت لمعنى المرافق العامة المنزلة الأولى ، وبدأ الملتزم معاونا للادارة فى عمل له أوثق الصلات بالمصلحة العامة » ·

اذ الأمر فيها يتعلق بمبادىء تعلو على الاتفاقات التى تعتبر قانونا للمتعاقدين ، فيجب اذن أن يعمل بها من تاريخ نشرها فى كل التزام مهما يكن تاريخ منحه » ٠

ولكن المادة الثامنة ، بعد أن وضعت الحكم السابق ، استطردت قائلة : « وذلك مع عدم الاخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون » ٠ وقد فسرت محكمة القضاء الادارى هذه الفقرة فى ضوء الأعمال التحضيرية للقانون بقولها : « ٠٠٠ ومن حيث أنه يبين مما تقدم أن الاستثناء الذى قصده المشرع بالفقرة الأخيرة من المادة الثامنة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ انما تقرر لحماية أسهم التمتع الخاصة بشركة مياه القاهرة للأسباب التى أفصحت عنها المناقشات البرلمانية قبل اصدار التشريع ، ومن ثم فان المادة المذكورة ينسحب أثرها على جميع مواد القانون بحيث تسرى أحكامه من وقت صدوره ، وبأثر حال مباشر ، على جميع الالتزامات السابقة ٠٠ وأن تحاسب الشركات التى تقوم باستغلال المرافق العامة على مقتضى المادة الثالثة — الخاصة بتحديد نسبة الربح — من القانون من وقت صدوره ، الا اذا كانت فى مركز يماثل شركة مياه القاهرة من حيث وجود أسهم تمتع فيحكمها فى هذا الشأن الاتفاق الصادر بقانون سابق على القانون المذكور[١] ٠٠٠ » ٠

ولن نعرض هنا للأحكام التى جاء بها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تفصيليا ، لأنها لا تعدو أن تكون تطبيقا للنظرية العامة فى العقود الادارية ٠ ومن ثم فسوف نشير اليها فى موضعها كتطبيق تشريعى لتلك النظرية ٠ ونكتفى هنا بأن نبرز الجوانب التى ينفرد بها عقد الالتزام ٠

٤ — وترجع أهمية عقد الامتياز الى كونه — كما ذكرنا — يخول فردا عاديا أو شركة الحلول محل السلطات العامة فى ادارة مرفق عام

---

(١) حكمها فى يناير سنة ١٩٥٧ فى القضية رقم ٤٨٥ و ١٣٦٧ لسنة ٧ قضائية وقد سبقت الاشارة اليه ٠

واستغلاله • وغالبا ما يكون ذلك عن طريق الاحتكار القانونى أو الفعلى مما استوجب اخضاع الملتزم فى ادارة المشروع واستغلاله ، لكافة القواعد الضابطة لسير المرافق العامة • كما أن هذا الاعتبار أدى الى تنظيم نوع من الرقابة على الادارة ذاتها فى منحها الالتزامات بادارة واستغلال المرافق العامة من الناحية الأخرى ، لأن بعض شركات الامتياز القوية ، لا سيما اذا ما تغلغل فيها العنصر الأجنبى ، تمثل خطرا حقيقيا على مصالح الدولة ، بل وعلى سيادتها • ومن ثم فقد تضمن دستور سنة ١٩٢٣ نصا صريحا فى المادة ١٣٧ منه على أن « كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية فى البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور وكل احتكار ، لا يجوز منحه الا بقانون والى زمن محدود •• » وقد انتهى الرأى فى تفسير تلك المادة الى ضرورة اصدار قانون خاص بمنح كل التزام على حدة •

وقد اعتمدت محكمة القضاء الادارى المصرية هذا الرأى فى حكمها الصادر فى ٢٤ يونية سنة ١٩٥٦ حيث تقول ، بعد أن استعرضت الخلاف الذى دار حول تفسير المادة ١٣٧ السابقة : « ••• وانتهى البرلمان بمجلسيه الى اقرار الرأى القائل بوجوب اصدار قانون خاص فى كل حالة يراد فيها منح التزام بمرفق عام ••• » وعلى مقتضى ذلك لا يجوز منح التزام فى الأحوال المشار اليها فى المادة ١٣٧ سالفة الذكر الا بقانون ، وليس من حق الادارة ولا فى سلطتها أن تبرم عقدا يختص البرلمان بابرامه بقانون ، ولو تم تعاقد كهذا ، فانه يقع باطلا لمخالفته للدستور ، ولصدوره من جهة غير مختصة فلا يترتب عليه أثر ولا يكسب حقا[١] » •

---

(١) السنة العاشرة ص ٣٦٥ • وفى موضوع الدعوى انتهت المحكمة الى أن المرسوم بقانون الصادر فى ١٩٢٦/٤/٢١ بخصوص صيد الاسفنج والذى ينص على منح التزام حق صيد الاسفنج فى المياه المصرية بقرار من مجلس الوزراء وفى حالة طرحه فى مناقصة عامة بقرار من وزير المالية لم يخالف الدستور ، لأن المشرع « ••• عندما أصدر المرسوم بقانون سالف الذكر ••• كان متأثرا بفكرة أن استغلال منابت الاسفنج فى المياه المصرية لم يبلغ من الأهمية والخطر ما يجعله فى مستوى المورد الطبيعى للثروة القومية • ويبدو أن الواقع من الأمر وظروف الحال وقتئذ كانت تبرر هذا النظر ، اذ يبين من الرجوع الى مذكرة الحكومة عن استغلال مصايد الاسفنج أن =

وبالرغم من سقوط دستور سنة ١٩٢٣ ، ومن أن مجلس الوزراء قد جمع بين يديه السلطتين التشريعية والتنفيذية خلال فترة الانتقال وفقا للدستور المؤقت الأول فقد استمر العمل على منح الامتياز بمقتضى قانون خاص فى كل حالة على حدة . بل وأفتت الجمعية العمومية لقسم الرأى فى ٢٨ ــ ١١ ــ ١٩٥٤ (فتواها رقم ٩٤٤ ، مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٤٦) بأنه ، ولو أن الدستور المؤقت الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ قد خلا من النصوص المنظمة لكيفية منح الالتزام باستعمال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، فانه « ... باستقراء أحكام الدساتير المقارنة .. يبين أن هناك عرفا دستوريا مستقرا يقضى بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية فى خصوص منح التزامات المرافق العامة أو استغلال موارد الثروة الطبيعية . غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة ، بل تقتصر على المرافق القومية الرئيسية والموارد الطبيعية العامة » .

هذا وبالرجوع الى دساتير مصر الصادرة فى سنة ١٩٥٦ ، وفى سنة ١٩٦٤ ، وفى سنة ١٩٧١ نجد أنها تنص على ما يلى :

(أولا) دستور سنة ١٩٥٦ :

= استغلال منابت اسفنج كان والى ما بعد صدور المرسوم بقانون السابق الاشارة اليه بما يزيد عن ١٢ سنة ، يجرى فى نطاق ضيق ولمدة قصيرة . وبصورة فردية تتمثل فى رخص محدودة العدد لا تتجاوز ١٥ رخصة فى السنة يقف متوسط حصيلتها السنوية عند حدود ثلاثة آلاف جنيه مما لا يصح معه أن يوصف بأنه ثروة قومية . يضاف الى هذا أنه ليس متعينا أن يكون كل طبيعي للدولة موردا من موارد ثروتها القومية ، فيكون منح التزام استغلاله بقانون . وتأسيسا على ما تقدم ، واعمالا لأحكام المرسوم بقانون الصادر فى ٣١ من أبريل سنة ١٩٢٦ بما يوائم حكم المادة ١٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ ، يكون منح استغلال الاسفنج بواسطة السلطة التنفيذية ووفقا للأوضاع المقررة فى المرسوم بقانون المذكور فى الصورة التى لا يعتبر فيها هذا المرفق من موارد الثروة الطبيعية فى البلاد . أما حيثما يتحقق فيه هذا الوصف بدلالة الواقع من الأمر أو بدلات أخرى تنبىء عن ذلك ، كأن يكون الاستغلال على نطاق واسع منظم ولمدد غير قصيرة ، والشروط والأوضاع التى تتضمنهاعادة عقود الالتزام ، فان منح الاستغلال بطريق الالتزام يجب أن يكون بقانون » .

وسنرى كيف عالج الدستور الجديد صعوبة منح الالتزام بقانون فى تلك الحالات ، تلك الصعوبة التى دفعت المحكمة الى اعتناق هذا التفسير الذى قد لا يتفق مع حرفية نص المادة ١٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ .

نظم هذا الموضوع فى المادتين ٩٨ و ٩٩ منه على النحو التالى :

مادة ٩٨ : « ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة » .

مادة ٩٩ : « لا يجوز منح احتكار الا بقانون والى زمن محدد » .

وبمقتضى هذين النصين ، نجد أن المشرع الدستورى قد فرق بين حالتين :

حالة كون الالتزام المراد منحه يتضمن احتكارا ، وحينئذ لا يمكن منحه الا بقانون فى كل حالة على حدة كما كان الشأن فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ . وعندنا أنه يجب التسوية فى هذا الخصوص بين الاحتكارات القانونية والاحتكارات الفعلية .

والحالة الثانية : ألا يتضمن الامتياز احتكارا ، وهنا قد أحال الدستور الى قانون عام يصدر مبينا كيفية منح الامتيازات باستغلال الموارد الطبيعية والمرافق العامة . ويكون منح الامتياز فى هذه الحالة بقرار ادارى استنادا الى القانون السابق[1] .

---

(١) هذا المسلك هو الذى انتهت اليه لجنة المرحوم على ماهر فى مشروعها . فقد جاء فيه بهذا الخصوص :

« كل التزام باستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة يجب أن يكون لزمن محدود ، وأن تجرى فى شأنه علنية تامة فى الاجراءات التمهيدية والمواصفات ومقوماتها فى جميع المراحل كفالة للمنافسة المشروعة والاعتراض الجدى فى أوقات معروفة .

ويصدر بمنح الالتزام أو تجديده أو الغائه مرسوم بموافقة المجلس المختص ، ويبين فى المرسوم استيفاء اجراءات العلنية التامة ، وافساح المجال للمنافسة والاعتراض . وكل ذلك على الوجه المبين بالقانون .

كل احتكار ذى صبغة عامة لا يجوز منحه الا بقانون والى زمن محدود .

« كل احتكار أو التزام بمرفق محلى يتولاه المجلس المختص ، وتتولى الهيئات كذلك شئون المحاجر ومنح الرخص الخاصة باستغلالها وتجديدها والغائها .

وكل ذلك على الوجه المبين بالقانون » .

وكل هذه التوجيهات جديرة بالاعتبار .

ويحمد لهـذا الاتجاه الجديد تبسيط الاجـراءات والابتعاد عن البطء الذى يقتضيه استصدار قانون بخصوص كل امتياز على حدة ٠

هذا وقد نص الدستور المؤقت (دستور سنة ١٩٥٨) فى المادة ٣٠ منه على أنه « لا يجـوز منح احتـكار الا بقـانون ، والى زمن محدود » ٠ ولم تكن هذه المادة الا مجرد ترديد للمادة ٩٩ من دستور سنة ١٩٥٦ ٠ وفى ظل هذا الدستور المؤقت ـ الذى لم يكن الا مجرد امتداد لدستور سنة ١٩٥٦ ـ صدر القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ، ونص فى المادة الأولى منه على أنه : « يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الاتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة ٠ ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشروط بقـرار من الوزير المختص » ٠ ولقـد أضاف المشرع فقرة ثالثة الى القـانون المشـار اليه ـ بمقتضى القـانون رقم ١٥٢ لسـنة ١٩٦٠ ـ نصها كما يلى : « على أنه بالنسـبة الى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيـور التابعة لوزارة الحـربية ، يكون منح الامتيازات المتعلقـة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية اذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات » ٠ وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون الأخير أن اعمـال حكم القانون رقم ٦١ لسـنة ١٩٥٨ على اطلاقه بالنسبة الى مـوارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيـور ، سيؤدى الى عدم امكان تأجيرها فى الوقت المناسب لأن المناطق التابعة لوزارة الحـربية « تزيد على مائة وخمسين منطقة يتراوح ايجارها السنوى بين ثلاثة جنيهات وعشرين ألف جنية ٠ ومنها ما يؤجر موسميا لبضعـة أشهر ٠٠ لذلك رؤى تيسيرا لاستغلال هذه المناطق ، تعديل القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ بحيث يكون منح امتيازها بقرار من وزير الحـربية اذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سـنوات » ٠ وكان القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ (معدلا) يعتبر مكملا للمادة ٣٠ من الدستور المؤقت (دستور سـنة ١٩٥٨) وبمقتضاهما معا يتعين منح

الاحتكارات بقانون ، ومنح الامتيازات التى لا تتضمن احتكارا بقرارات جمهورية بشرط موافقة مجلس الأمة مقدما ٠

(ثانيا) دستورا سنة ١٩٦٤ وسنة ١٩٧١ : لم يرد بخصوص هذا الموضوع فى دستور سنة ١٩٦٤ الا نص المادة ٧٤ والتى تقول : « ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ٠ كما يبين أحوال التصرف بالمجان فى العقارات المملوكة للدولة ، والنزول عن أموالها المنقولة ، والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك » ٠

وقد أعيد النص على هذه المادة بذات صياغتها السابقة فى دستور مصر الحالى ، الصادر سنة ١٩٧١ تحت رقم ١٢٣ ٠ ومن ثم فان الحكم الذى استحدثه دستور سنة ١٩٦٤ ما يزال ساريا فى ظل الدستور الجديد ٠

وأول ما يلاحظ بخصوص هذه المادة أنها أغفلت التمييز بين الامتيازات التى تنطوى على احتكار وبين غيرها من الامتيازات ، مع أن هذا التمييز جوهرى ، ولعلها تركت معالجة هذا التمييز للتشريع المقترح والذى لم يصدر بعد ٠ ويطبق القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ فى ظل أحكام الدستور الجديد ٠

هذا وقد صيغ نص المادة ٦٩ من مشروع تقنين العقود الادارية[1] على النحو التالى : « يكون منح الالتزام بمرفق عام بقانون اذا تضمن احتكارا قانونيا أو فعليا ٠ وفى غير ذلك من الأحوال يكون منح الالتزام بمرفق قومى بقرار من رئيس الجمهورية ٠ أما الالتزامات بمرافق عامة محلية فيكون منحها من الجهة الادارية المختصة وفقا للقانون » وهذا المشروع يأخذ بالقول الأرجح فى هذا الصدد ، وان كان قد تحدث عن التزامات المرافق العامة ، دون الالتزامات التى يكون موضوعها استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية ، وحكمهما واحد ٠

---

(١) وهو ما لم يصدر بعد رغم اعداده منذ فترة طويلة ٠

وهكذا يكون منح التزامات المرافق العامة واستغلال موارد الثروة الطبيعيــة خاضعا فى الوقت الحاضر للمــادة ١٢٣ من الدســتور ، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ . أما لأحكام الموضــوعية للامتياز فيرجع بخصوصها الى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (المعدل) .

وفى الحالات التى كان يتعين فيها أن يمنح عقد الامتياز بقانون — فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ وعلى التفصيل السابق — فقد جرى مجلس الدولة المصرى — سواء فى الفتــوى أو القضاء — على أن القــانون الخاص والصادر بمنح الالتزام يجب أن يصدر فى حدود القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ . وهذا هو الواضح من فتوى قسم الرأى مجتمعا رقم ٣٣٠ الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٥١ والتى جاء فيها : « .. على أن الدستور المصرى قد منح السلطة التشريعية اختصاصا فى بعض الأعمال الادارية لعقــد قرض ومنح الالتزام فى استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية ومنح التزامات المرافق العامة وانشاء الخطوط الحــديدية والطرق العــامة أو ابطالها والتصرف المجانى فى أملاك الدولة ، فكل هذه الأعمال أعمال ادارية تقوم بها السلطة التشريعية كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية . وهــذه الأعمال ليست قوانين من حيث الموضــوع ، وان كانت تأخــذ شكل القانون ، لأن العرف جرى على أن السلطة التشريعية تفصح عن ارادتها فى شكل قانون . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الادارى أحكام القانون . وان كانت السلطة التى تصدرهما واحدة ، اذ من القواعد المقررة فى القانون العام أن السلطة التى تضع قاعدة عامة لا تملك مخالفتها بأعمال فردية ، وان كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى »[1] .

---

(١) مجموعة فتاوى المجلس ، السنتان ٤ و ٥ ص ٩٦ . وبذات المعنى الفتوى رقم ١٠٤٥ الصادرة فى ١٩٥٢/٦/٢٦ مجموعة الفتاوى ، السنة ٦ و ٧ ص ٦ .

ومن قبل ذلك صدر حكم محكمة القضاء الادارى فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ (السنة الثالثة ص ١٠٦) وقد جاء فيه بصدد الأعمال الصادرة من البرلمان : « ان أعمال البرلمان تنقسم الى أربعة أقسام : القسم الأول يشمل الأعمال التشريعية المحضة الخاصة بتقرير القوانين ، والقسم الثانى يشمل بعض تصرفات أوجب الدستور عرضها على البرلمان للموافقة عليها ، أما لأهميتها الخاصة واما لتأثيرها على أموال الدولة أو =

هذا ويلاحظ أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قد جاء خاليا من الأحكام المتعلقة بكيفية ابرام عقود الامتياز ، واقتصر على سرد الأحكام الرئيسية المتعلقة بتنفيذها ٠

٥ — ومن أهم المسائل التى نظمها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، تحديد مدة عقد الامتياز ، اذ وضعت المادة الأولى منه حدا أقصى لعقود الامتياز هو ثلاثون عاما ، فقضى المشرع بذلك على التقليد القديم الذى كانت تمنح بمقتضاه الامتيازات لمدة ٩٩ عاما ، لأنه كما تقول المذكرة الايضاحية للقانون « ٠٠ لم يعد من المقبول ازاء ما نشهده من التطور السريع فى المسائل الاقتصادية والاجتماعية أن تمنح الالتزامات لما يقرب من قرن ٠ والحق أنه اذا ما حدد للالتزام مدة ثلاثين عاما كفل ذلك للملتزم الانتفاع به للمدة الكافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الانشاء ٠٠ » ولا تسرى المدة الجديدة على الالتزامات الماضية فحسب ، بل تسرى على الباقى من مدد الالتزامات القديمة ، فلا تمتد لأكثر من ثلاثين عاما ٠

وشرط المدة هذا مما يميز عقد الالتزام عن غيره من العقود المشابهة ٠ وقد استندت اليه المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٧ يناير سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ١٤٠) للتمييز بين عقد الامتياز ، والترخيص باستغلال مرفق عام ، فقد استعرضت المحكمة أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (المعدل) والتى توضح بجلاء أن التزام (أو امتياز) المرفق العام انما يكون لمدد طويلة ، وأوضحت أن أحكام الالتزام الواردة فى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لا يمكن

= لمساسها بالمصالح العامة ، والقسم الثالث يشمل الأعمال المتعلقة بالنظام الداخلى لكل مجلس وبحقوق الأعضاء وواجباتهم ومكافآتهم وفصلهم وبالمحافظة على النظام داخل كل مجلس ، والقسم الرابع يشمل تصرفات كل مجلس فى رقابته السلطة التنفيذية » ٠ وباستبعاد القسم الأول ، الذى يشمل التشريعات الحقيقية وفقا لطبيعتها الذاتية ، أستطرد المجلس قائلا : « وجميع القرارات المبينة فى هذه الأنواع الثلاثة تصدر من البرلمان فى شكل قوانين تختلف عن القوانين التشريعية فى طبيعتها والقصد منها ٠ وهو تطبيق القوانين التشريعية العامة القائمة ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للبرلمان عند اصدارها مجانبة قانون قائم فعلا ، على عكس الحال فى القوانين التشريعية ، فانه يجوز للبرلمان عند اقرارها مخالفة أحكام قانون سابق » ٠

تطبيقها على التراخيص باستغلال بعض المرافق العامة « ٠٠ لأنها مؤقتة بطبيعتها ، وتمنح لآجال قصيرة ، وغير قابلة للتجديد ، ويحق لجهة الادارة مانحة الترخيص الغاؤها فى أى وقت طبقا لصريح نصوصها ، ومن ثم فلا تسرى عليها أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لأنها مقصورة على عقود التزام المرافق العامة دون غيرها » ٠

وقد رتبت المحكمة على هذا التمييز نتيجة هامة ، سوف نشير اليها فى الفقرة التالية ٠

ثم ان القانون رقم١٢٩ لسنة ١٩٤٧ وضعحدا أعلى لمقدار الربح الذى يمكن أن يحصل عليه الملتزم ، وقدره ١٠٪ من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزم ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال ، مع تخويل الملتزم تكوين احتياطى فى حدود معينة للسنوات التى لا يصل فيها الربح الى الحد السابق ٠ وبررت المذكرة الايضاحية ذلك بقولها «ويجب أنيكون هذا المبلغ (الـ ١٠٪) الحد الطبيعى لجزاء الملتزم اذ لا يجوز أن يطمع ــ كما هو الحال ــ فى المشروعات الصناعية أو التجارية فى أرباح غير محدودة ، فان استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التى تكون لمثل تلك المشروعات حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأمل فى أرباح لا تكون دون تلك الأخطار كبرا وقدرا ٠ والحق أن الملتزم يتمتع بمركز ممتاز ، فان له غالبا احتكارا بحكم القانون أو الواقع يقيه المنافسة ٠٠٠ ومن جانب آخر فان نظرية الظروف الطارئة غير المتوقعة التى تقرها المادة الخامسة من المشروع تجعل الملتزم بمنجأة من الأخطار الكبرى التى تنتج عن حوادث لم يكن يستطاع توقعها والتى تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه الخسارة[1] » ٠ ولا شك فى سلامة الاعتبارات التى أوردتها المذكرة ٠

(١) واستطردت المذكرة فى هذا الخصوص تقول : « ٠٠٠ وأخيرا فقد استقر الرأى فى السنوات الأخيرة على وجه الخصوص فى الفقه الفرنسى على أن ما فى التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة وماله من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجنى من استغلالها أرباحا باهظة يقع ضررها على الأخص على المنتفعين بها ٠ ويستند المشروع فى تحديد حصة الملتزم الأصلية بعشرة فى المائة الى التشريع =

وقد رتبت المحكمة الادارية العليا على التمييز المشــار اليه فى الفقرة السابقة – بين امتياز المرفــق العام ، والترخيص باستغلال المرفق العام – أنه لا يحق للادارة مطالبة المستغل للمرفق العام فى الحالة الثانية برد ما زاد من الأرباح عن ١٠٪ لأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الذى تضمن هذا الحكم « .. يفترض أن الالتزام لا يمنح الا لمدد طويلة نسبيا تعد بالســنوات ، ذلك لأن الفقرة الأولى (من المادة الثالثة من القانون) نصت على ألا تحسب نسبة الربح الا بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال ، وقضت الفقرة الثانية بأن ما زاد من الأرباح عن تلك النسبة تستخدم فى تكوين أحتياطى للسنوات التى تقل نسبة الربح عن ١٠٪ .. وليس من شك فى أن هذه الأحكام كلها مستحيلة التطبيق على التراخيص التى قد تمنح لاستغلال بعض المرافق العامة ، لأنها مؤقتة بطبيعتها ، وتمنح لآجال قصيرة » . (الفقرة السابقة) .

٦ –ويلاحظ أخيرا أن بعض الأحكام الخاصة بعقــد الامتياز ، قد وردت فى القانون المدنى فى المواد من ٦٦٨ الى ٦٧٢ منه . وهذه الحالة من بقايا مظاهر طغيان القانون المدنى على بعض المواد الادارية ، فبالرغم من أن الأعمــال التحضيرية للقانون المدنى قــد قطعت بأن « ... تنظيم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة يرتبط ، علاوة على التقنين المدنى بالتقنين الادارى » فانها استطردت تقول : « والمشروع لا يتعرض بداهة الا للناحية المدنية من هذه المقاولات . والمبادىء التى يقررها فى هذا الصدد ليست سوى تأكيد للاتجاهات التى بدت فى القضاء المصرى الذى حاول بقدر الامكان عن طريق الرجوع الى القواعد العامة ، سد الفراغ الموجود فى التقنين الحالى (السابق على صدور القانون المدنى الجديد) .. كذلك يحرص المشروع على ألا يقــرر ســوى الأحــكام التى يمكن أن تنسجم مع التقنين الادارى المصرى .. » .

= البريطانى ، ففى بريطانيا قوانين قديمة عن الالتزام الخاص بتوزيع الماء والانارة بالغاز ، تنص على أنه لا يجوز أن تتجاوز أرباح الملتزم النسبة المحددة فى وثيقة الالتزام وهى عادة ١٠٪ من رأس المال الموظف ، فاذا لم تذكر نسبة فانها تكون عشرة فى المائة » .

وواضح الخلط فى هذه المقدمات ، فبينما يقرر المشروع أنه لن يتناول الا الناحية المدنية فى عقود الامتياز ، اذ به يسلم من ناحية أخرى أن الأحكام التى أوردها قد صاغها على الأسس الادارية . ولهذا ، فعندما عرض المشروع على مجلس الشيوخ ، اقترح بعضهم بحق « .. حذف المواد من ٦٦٨ الى ٦٧٣ وهى الخاصة بالتزام المرافق العامة لأن محله الطبيعى القانون الادارى ولأن من المتوقع أن تكون المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الادارى المصرى » ولكن لم يؤخذ بهذا الرأى ـ كما تقول الأعمال التحضرية ـ لأن المشروع تعرض لجانب محدود من صلة المنتفعين بالملتزم ، وهذا الجانب مدنى الصبغة .. هذا ولم يذهب التعديل المزمع لقانون مجلس الدولة الى جعل القضاء الادارى مختصا دون غيره بالنظر فى المنازعات الخاصة بالتزامات المرافق العامة ، وانما جعل اختصاص القضاء العادى قائما ، وجعل الاختيار للأفراد فى الالتجاء الى الجهة التى يؤثرونها . والقواعد التى تضمنها المشروع فى هذا الشأن ليس فيها خروج على القواعد العامة ولا مساس بالتنظيم الادارى .. »[1] .

وهذا الرد أكبر دليل على عدم انسجام هذه المواد فى المجموعة المدنية فى الوقت الحاضر : فاذا كان للاعتبارات التى أوردتها الأعمال التحضيرية محل حين اصدار المجموعة المدنية،لأن القضاء العادى كان يختص بالنظر فى جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ، فان الاعتراض الذى أبدى فى مجلس الشيوخ كان أبعد نظرا ، اذ لم يلبث القضاء الادارى المصرى أن أصبح مختصا دون غيره بالفصل فى المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام أو بأى عقد ادارى آخر . والمسلم به ـ وفقا للنظرة الفرنسية ـ أن القضاء الادارى غير ملزم باحترام القواعد الواردة فى القانون المدنى ، الا بالقدر الذى تعتبر فيه تلك القواعد مجرد تطبيق للمبادىء العامة التى لا تتعارض مع الأسس التى يقوم عليها القانون الادارى على التفصيل السابق .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الخامس ص ٦٨ وما بعدها .

ومن ناحية أخرى فان المواد التى أوردها القانون المدنى لا جديد فيها : فالمادة ٦٦٨ تعرف عقد الامتياز • والمسلم به أن التعريفات هى عمل الفقيه لا عمل المشرع • والمادة ٦٦٩ تقرر أن أداء الخدمة يجب أن يتم وفقا للشروط الواردة فى عقد الامتياز • وهذا لا جديد فيه كما سنرى ، لأن هذه الشروط باعتراف الأعمال التحضرية « ملزمة للفرد أو الشركة التى يعهد اليها باستغلال المرفق العام كما هى ملزمة للعملاء •• وأن الاحترام الواجب لهذه الشروط انما يرجع الى مالها من طبيعة اللائحة الادارية » • أما المادة ٦٧٠ فانها تطبيق لقاعدة مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة ، وهى احدى القواعد الضابطة لسير المرافق العامة • وكذلك الشأن بالنسبة الى المادة ٦٧٢ والخاصة بالخطأ فى تطبيق تعريفة الأسعار • وتعتبر المادة ٦٧١ تطبيقا لقاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل ، لأنها تخول الادارة الحق فى اعادة النظر فى قوائم الأسعار • وأخيرا فان المادة ٦٧٣ ، اذ حتمت على الملتزم أن يتحمل ما يلازم أدوات المرافق من عطل أو خلل الا فى حالة القوة القاهرة ، فانها تعتبر تطبيقا لأولى المبادى الضابطة لسير المرافق العامة ، وهى قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد •

ومن ثم فان المجموعة المدنية لم تقتصر على جانب مدنى الصبغة كما ورد بالأعمال التحضيرية ، وانما تناولت أحكاما ادارية ، بدليل أن المبادىء التى وردت فى المجموعة المدنية ، يطبقها القضاء الادارى دون حاجة الى نص ، مما يقطع بصفتها الادارية •

حقيقة ان المنتفعين كثيرا ما يتلقون الخدمة عن طريق عقد خاص بينهم وبين الملتزم ، وأن هذا العقد على الراجح فى القضاء الفرنسى هو عقد مدنى ، ويخضع بالتالى لاختصاص المحاكم القضائية • ومع ذلك فان هذا العقد المدنى وثيق الصلة بعقد الالتزام ، ذلك أن الشروط التى ترد به ، يجب أن تكون فى نطاق الاتفاقات والبنود التى يحتويها عقد الالتزام ، فلا يجوز للملتزم والمنتفعين أن يتفقوا

على خلاف تلك الشروط . وسوف نرى أثر ذلك فيما يتعلق بقواعد الاختصاص .

ونكتفى بهذه الأحكام المميزة لعقـد الالتزام ، محيلين فى باقى الأحكام الى النظرية العامة للعقود الادارية والتى يشترك فيها عقد الامتياز مع باقى العقود الادارية .

الفصل الثاني

عقد الأشغال العامة[1]

١ ـ يمكن تعريف عقد الأشغال العامة «Le marché de travaux publics» بأنه عبارة عن اتفاق بين الادارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوى عام ، وبقصد تحقيق منفعة عامة ، فى نظير المقابل المتفق عليه ، ووفقا للشروط الواردة بالعقد ٠

وقد عرفته محكمة القضاء الادارى تعريفا مقاربا فى حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ حيث تقول[2] : « ٠٠٠ ومن حيث ان عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام ، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة فى عقار لحساب هذا الشخص المعنوى العام ، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد فى العقد » ٠ وبتطبيق التعريف على موضوع الدعوى قالت « ٠٠ ومن حيث ان العقد موضوع الدعوى هو عقد من عقود الأشغال العامة طبقا للتعريف سالف الذكر ، وقد أبرم لحساب شخص معنوى هو وزارة الشئون البلدية والقروية (مصلحة المجارى) وموضوعه عقار مخصص لمرفق عام والغرض منه تحقيق منفعة عامة وهى حفر بئر

---

(١) تراجع رسالة الدكتور فؤاد العطار التى سبقت الاشارة اليها وهى بالفرنسية كما سبق أن ذكرنا ٠

(٢) القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية ، السيد فتحى عباس الغبارى ضد وزارة الشئون البلدية والقروية ومصلحة المجارى ، س ١١ ، ص ١٠٤ ٠

هذا وقد عرفه قسم الرأى مجتمعا فى فتواه رقم ٣٦٩ بتاريخ ١٩٤٩/١٢/١٦ بأنه « عقد يتعهد بمقتضاه مقاول للحكومة بأن يقوم بتنفيذ عمل معين تحت مسئوليته وباشرافها ، مقابل مبلغ نقدى يدفع اليه حسب الأسس الموضحة بالتعاقد ٠ والعنصران الأساسيان فى عقد المقاولة هما قيام المقاول بانشاء «Construction» العمل المتفق عليه ، دون أن يكون له حق استغلاله «Exploitation» وقيام الادارة بدفع المبلغ النقدى للمقاول » ٠

مجموعة أبو شادى ، ص ٩٧ ٠

ارتوازى لتزويد أهالى المنطقة بالمياه العذبة الصالحة للشرب ، ومن ثم فتختص محكمة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات القائمة بشأنه » • ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على أن عقد الأشغال العامة هو عقد ادارى باستمرار • وهذا هو المستفاد من نصوص القوانين الثلاثة التى نظمت اختصاص القضاء الادارى بالمنازعات المتعلقة بالعقود الادارية فى مصر ، وقد سبق أن أوردناها (قوانين ١٩٥٥ و ١٩٥٩ و ١٩٧٢) •

٢ — على أنه لكى يكون ثمة أشغال عامة فى نظر القضاء الادارى الفرنسى — وهو ما يستفاد أيضا من تعريف محكمة القضاء الادارى لعقد الأشغال العامة والذى أوردناه فيما سبق — يجب توافر العناصر الآتية :

أولا — يجب أن ينصب موضوع العقد على عقار : فكل اتفاق يكون موضوعه منقولات مملوكة للادارة ، ولو كانت تندرج فى أموال الدومين العام ، لا يمكن اعتباره من عقود الأشغال العامة ، حتى ولو اعتبر ذلك العقد اداريا ، ومهما كانت ضخامة المنقول • وعلى هذا الأساس لم يعتبر القضاء الادارى عقودا من عقود الأشغال العامة الاتفاقات التى يكون محلها اعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات[1] •

وعلى العكس من ذلك ، يعتبر العقد من عقود الأشغال العامة اذا تناولت الأشغال عقارا بالتخصيص «Les immeubles par destination» كاقامة خطوط تليفونية ومد أسلاك تحت الماء[2] • واذا كان المعنى الأصيل للأشغال العامة يتناول أساسا أعمال البناء والترميم كبناء دور المصالح العامة والخزانات ، واقامة الجسور والسدود وحفر الترع

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ فى قضية «Le Tournir» سيرى سنة ١٩٣٩ القسم الثالث ص ٦ • «lignes téléphoniques, câble sous-marins»

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٤ يونيو سنة ١٩٣٧ فى قضية «Cie fr. des câbles télég» المجموعة ص ٥٥٧ وحكمه فى ٢١ يناير سنة ١٩٢٧ فى قضية «Cie Générale des eaux» دالوز سنة ١٩٢٨ القسم الثالث ص ٥٧ مع تقرير «Blaevoet» •

أو ردمها ... الخ ، فان قضاء مجلس الدولة الفرنسى قد توسع فى فكرة الأشغال العامة فأدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بالصيانة ، ومثال ذلك التنظيف والكنس والرش فى الطرق العامة[١] ، ونقل المواد اللازمة لتنفيذ العمل[٢] .

ثانيا ـ يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوى عام : «Pour le compte d'une personen publique» وهذا مفهوم فى حالة كون العقار محل الاتفاق مملوكا لشخص عام اقليمى أو مصلحى . ولكن ليس من الضرورى ـ وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى الحديث ـ أن يكون العقار ، محل الشغل ، مملوكا لشخص معنوى عام ، بل يكفى أن يتم العمل « لحساب » شخص معنوى عام ، ولو كان محله عقارا خاصاً . ويعتبر المجلس أن العمل قد تم لحساب شخص معنوى عام فى هذه الحالة اذا كان للشخص المعنوى العام اشراف مباشر ودقيق على الأعمال موضوع العمل . أو كان مصير العقار أن يؤول الى الشخص المعنوى العام فى نهاية مدة معينة[٣] .

ثالثا ـ يجب أن يكون الغرض من الأشغال موضوع العقد تحقيق نفع عام : «un but d'utilité générale» وقد كان هذا العنصر أكثر عناصر الأشغال العامة تطورا فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى . فقد ارتبطت فكرة الأشغال العامة فى أول الأمر بفكرة الدومين العام فاقتصرت الأشغال العامة على الأعمال التى تتم على عقارات تدخل فى نطاق الدومين العام ، بحيث لو تمت الأشغال على عقار يدخل فى نطاق الدومين الخاص لما اعتبر العقد اداريا . ولكن القضاء الادارى سرعان ما فصل بين الفكرتين . وتوجت هذا الاتجاه محكمة

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٤ فى قضية «Mabille» سيرى سنة ١٩٣٤ القسم الثالث ص ٣٣ .

(٢) حكمه الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ فى قضية «Quignard» المجموعة ص ٦٢٧ .

(٣) حكمه الصادر فى ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٨ فى قضية «Sigalas» مجلة القانون العام سنة ١٩٢٨ ص ٥٢٥ ودالوز سنة ١٩٢٨ القسم الثالث ص ١١٣ مع تعليق هوريو ، ومطول أندريه دى لوبادير طبعة سنة ١٩٥٣ ، ص ٨٢٢ وما بعدها .

التنازع فى حكمها الصـــادر فى ٢٤ أكتوبر ســـنة ١٩٤٢ فى قضية «Préfet des Bouches-Rhones» [١] حيث تقول : « وحيث ان الضرر المدعى به يرجـــع الى اهمـــال فى صيانة دار القضـــاء فى مدينة ··· وهى مخصصة كلها لمرفق العدالة ، وبالتالى لتحقيق مصلحـــة عامة ، ومن ثم فان الدعوى تدخل فى اختصـــاص المجـــلس الاقليمى باعتبارها متعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة دون حاجة للبحث فيما اذا كان المبنى يدخل فى نطـــاق الأموال العـــامة أو الخاصة ، لاستقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة » ·

ولقد ارتبطت فكرة الأشغال العامة أيضا بالمرفق العام ، فاعتبرت أشغالا عامة تلك التى تتم على عقـــارات مخصصة لمرفـــق عام ، ولو كانت غير مملوكة للادارة أو داخلة فى نطاق الدومين الخاص · ولكن المجلس فصل أيضا بين فكرة الأشغال العامة والمرفق العام ، فاعترف بصفة الأشغال العامة ، لأعمال تمت على عقارات غير مخصصة لمرافق عامة ، وكان ذلك فى حكمه الهام الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٢١ فى قضية «Commune de Monségur» [٢] وكان ذلك بالنسبة للأشغال التى تتم على عقارات مخصصة للعبادة ، والتى لا تعد من المرافـــق العامة وفقا لقانون ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ · كما أن كون العقار مخصصا لمرفق عام ، لا يستتبع بالضرورة أن تكتسب الأشغال التى تتم عليه صفة الآشغال العامة [٣] ·

وهكذا كما انفصلت فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة ، انفصلت أيضا عن فكرة المرفـــق العام ، وأصبح يكفى أن تستهدف الادارة من ورائها مصلحة عامة ما ، مع تحقق الشرطين السابقين ·

---

(١) مجموعة سيرى سنة ١٩٤٥ ، القسم الثالث ص ١٠ ·
«La notion de travail public étant indépendant de la domanialité

(٢) مجموعة سيرى ســـنة ١٩٢١ ، القســـم الثالث ص ٥٠ مع تقرير المفوض «Corneille» وتعليق هوريو ·

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٤ فى قضية «Cne de Sarlat et Soc.La mutuelle générale Française» ويتعلق بكنيسة قديمة مؤجرة لمصلحة البريد ·

ومما تجدر الاشارة اليه أن مجلس الدولة الفرنسى لا يعتبر المصلحة المالية للادارة «L'intérêt financier de l'administration» من المصالح العامة التى تسبغ على الأشغال الصفة العامة • فاذا ما استهدفت الادارة أغراضا عدة من بينها المصلحة المالية ، فان المعول عليه فى هذا الخصوص هو الباعث الرئيسى • بمعنى أن الادارة اذا استهدفت تحقيق نفع عام ، فان العقد يعتبر عقد أشغال عامة ولو حقق بالتبعية مصلحة مالية للادارة ، والعكس • وعلى هذا الأساس اعتبر القضاء الادارى الفرنسى أشغالا عامة تلك التى تستهدف بناء مساكن شعبية بقصد اسكان العمال[١] ، وتشييد مبنى لمعرض تجارى[٢] •

٣ — يتجلى من العرض السابق أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى لا يفتأ يضفى توسعه على فكرة الأشغال العامة ، بل انه ألحق بعقد الأشغال العامة اتفاقات أخرى قد تكون علاقتها ضعيفة مع فكرة الأشغال العامة بمعناها الفنى • وفيما يلى نعرض لصور بعض هذه الاتفاقات :

أولا — الاتفاق على توريد مواد «fournitures de materiaux» : اذا اقتصر دور المتعاقد على مجرد توريد المواد دون أن يشارك فى تنفيذ الأشغال العامة ، فان مجلس الدولة الفرنسى مستقر على أن مثل هذا الاتفاق لا يمكن أن يعتبر اداريا لمجرد اتصاله بالأشغال العامة ، بل يعتبر اداريا أو من عقود القانون الخاص وفقا لخصائصه الذاتية ، وطبقا للمعيار العام فى هذا الصدد[٣] •

ثانيا — الاتفاق على نقل مواد : وهنا يجرى مجلس الدولة

---

(١) حكمه فى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٦ فى قضية «Gautier» المجموعة ص ٥٠ •

(٢) حكمه فى ٢١ مارس سنة ١٩٣٠ فى قضية «Perol» المجموعة ص ٣٣٢ •

(٣) قضاء مستقر لمجلس الدولة الفرنسى ، راجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٣١ يوليو سنة ١٩١٢ فى قضية «Sté des granits des Vosges» المجموعة ص ٩١٢ مع تقرير المفوض ليون بلوم ، وتتعلق بتوريد أحجار لرصف شوارع •

الفرنسى على اعتبار هذا الاتفاق وثيق الصلة بالأشغال العامة ، ومن ثم يعتبره اداريا لهذا السبب[١] .

ثالثا ـ عقد ايجار الخدمات (العمل) «Louages de service»

يضفى القضاء الادارى صفة الأشغال العامة على الاتفاقات التى تبرمها الادارة مع بعض المهندسين بقصد رقابة الأعمال وتوجيهها أثناء التنفيذ[٢] .

رابعا ـ الاتفاق على تقديم مساعدة مالية أو عينية بقصد المساعدة على انجاز الاشغال العامة :

«Aide financière ou en anture pour la réalisation d'un travail public»

ذهب القضاء الادارى فى فرنسا فى كثير من الحالات الى اعتبار هذه الاتفاقيات من قبيل عقود القانون الخاص ما لم تتضمن بطبيعتها شروطا غير مألوفة . ومن هذا القبيل عقد القرض الذى تبرمه البلدية بقصد التمكن من انجاز أشغال عامة تدخل فى اختصاصها[٣] . ومع ذلك فان القضاء الادارى الفرنسى جرى باستمرار ـ وما يزال ـ على اعتبار عقد تقديم المعاونة من قبيل العقود الادارية لصلته الوثيقة بعقد الأشغال العامة . ونظرا لأهمية هذا العقد الأخير فاننا نعرض له بشىء من التفصيل فيما بعد .

خامسا ـ على أن أكبر تطور يقدمه الفقهاء فى هذا المجال ، ينحصر فيما قرره القضاء الادارى الفرنسى من اضفاء صفة عقد الأشغال العامة على عقود تبرم بين شخصين من أشخاص القانون

---

(١) حكمه فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ فى قضية «Meunier» دالوز سنة ١٩٣١ القسم الثالث ص ٢٩ مع تعليق «Montsarrat» وفى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ فى قضية «Quignard» المجموعة ص ٦٢٧ .

(٢) حكم المجلس فى ٢ فبراير سنة ١٩١٩ فى قضية «Bariller» المجموعة ص ٢٢٢ ، وفى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ali Tur» وفى ١٥ ديسمبر سنة ١١٥٠ فى قضية «Mathiot» المجموعة ص ٨١٢ .

(٣) حكمه فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Cne de Joinville le-pont» دالوز سنة ١٩٤٣ ص ٧٤ ، وفى ١٨ يونيو سنة ١٩٤٨ فى قضية «Sté hydro électrique du Verdon» المجموعة ص ٢٧٨ .

الخاص . وأول الأحكام التى أعلنت هذا المبدأ ، هو حكم محكمة التنازع الشهير ، فى قضية «Société entreprise peyrot» فى ٨ يوليو سنة ١٩٦٣ ، ففى هذا الحكم اعترف القضاء ولاول مرة ، أن عقدا يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ، يمكن أن يندرج فى نطاق العقود الادارية[١] . وتأكد هذا التحول بصورة واضحة فى حكمين لمجلس الدولة فى ٣٠ مايو سنة ١٩٧٥ فى قضية «Société d'équipement de la régionmontpélliéraine» وفى حكم التنازع الصادر فى ٧ يوليو سنة ١٩٧٥ فى قضية «Commune d'Agde» حيث اعترف صراحة بالصفة الادارية لعقود مبرمة بين شركات اقتصاد مختلط «Sociétés d'économie mixte» وبين مقاولين من القطاع الخاص ، فى مجال اعداد البيئة ، وتزويد المناطق الحضرية بما يلزمها من مرافق[٢] . وقد اعتمد مجلس الدولة على فكرة أن العقود قد أبرمت لحساب الوحدات الاقليمية العامة[٣] ، واعتمد القضاء الادارى فى تبرير قضائية على عدة قرائن منها عودة الأشغال الى السلطات العامة بعد مدة معينة ، ومساهمة السلطات المحلية فى نفقات تلك الأعمال ، وقد تأكد هذا القضاء فى أحكام أخرى[٤] .

وقد اختلف الفقه الفرنسى حول هذا التحول الجزئى ذى الطابع الثورى فى مجال العقود الادارية «mini — revolution» والكثيرون منهم وقفوا موقفا متحفظا منه ، وتمنوا أن يظل هذا التحول فى أضيق الحدود ، والا تعين اضفاء الطابع الادارى على جميع العقود

---

(١) وقد أطلق بعض الفقهاء على هذا الحكم أوصافا معبرة منها أنه يعتبر تحولا حاسما «tournant décisif» وأنه من قبيل الغرائب التاريخية «curiosité historique» راجع بحثا غير منشور ، ألقته الأستاذة «jacqueline Morand أستاذة القانون العام والعلوم االسياسية ، بجامعة باريس ١٢ . فى أبريل سنة ١٩٨٢ .

(٢) «Dans le domaine de l'aménagement du territoire et de l'équipement urbain».

(٣) «Pour le compte de la collectivité publique».

(٤) راجع حكمى مجلس الدولة الفرنسى الصادرين فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٧٦ فى قضية «S.E.M. de la ville d'Aix-en-Provence» وفى ٧ يوليو سنة ١٩٧٦ فى قضية «Société d'aménagement de la region de Rouen».

ذات الصلة بالأشغال العامة ، وهو الأثر الذى لم يقرره مجلس لدولة الفرنسى حتى الآن · وفى ختام هذه الملاحظة نقرر أن هذا القضاء لا مقابل له فى مصر حتى الآن ·

٤ ــ تلك هى الأحكام الرئيسية لعقد الأشغال العامة فى القضاء الادارى الفرنسى · ولم يتح لمجلس الدولة المصرى حتى الآن أن يفصل أحكام عقد الأشغال العامة ، نظرا لحداثة اختصاصه فى هذا الصدد · فهو قد عرف الأشغال العامة تعريفا سبق أن أوردناه ، وهو يغطى ــ كما رأينا ــ الخطوط الرئيسية لعقد الأشغال العامة فى فرنسا · كما أن محكمة القضاء الادارى حاولت أن تفصل فى بعض أحكامها القديمة الخصائص المميزة لعقد الأشغال العامة ، فهى فى حكمها الصادر فى ٢٠ يوليو سنة ١٩٥٠ تقول : « ان مقاولات الأشغال العامة التى تطرحها الحكومة فى مناقصات عامة لها طابعها الخاص ، اذ هى تتناول مرافق الدولة العامة ، والأموال التى تنفق فيها أموال عامة · ولذلك فانها تحاط بسياج من الضمانات التى تكفل حسن سير العمل واختيار من يقوم به لانجازه فى الوقت المعين وبأقل نفقة · وقد وضعت من أجل ذلك كراسات النصوص والشروط العمومية التى يخضع لها المقاول ··· تستهدف جميعها الصالح العام وتضفى على العقد طابعا يجعله عملا من أعمال الادارة يهدف الى حسن سير المرفق العام ، ويخضع لقواعد خاصة ، كما أنها تجعل من المقاول صفة من يتعاون على حسن سير هذا المرفق : «un coll aborateur au fonctionnement du service public» [1] وهذا الحكم كما هو واضح يربط عقد الأشغال العامة بفكرة المرفق العام ، وان كان قد أشار الى فكرة الصالح العام · وفى حكم للمجلس صادر فى ٦ مارس سنة ١٩٥١ ، قرر أن العقد المبرم بين الحكومة وبين المدعين بشأن ردم البرك ببعض القرى يعتبر عقد أشغال عامة[2] · كما رأينا أنه اعتبر من قبيل الأشغال العامة الاتفاق على حسن الآبار

(١) السنة الرابعة ص ٩٠٦ ·
(٢) السنة الخامسة ص ٦٩ ·

الارتوازية لتزويد الأهلين بالماء الصالح للشرب وانشاء ثلاثة كبارى لحساب وزارة الأشغال العمومية (حكم المجلس فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ القضية رقم ٤٢٨٥ لسنة ٩ قضائية) ٠

ومن ثم فانه يكون من السابق لأوانه أن نرسم فكرة كاملة لعقد الأشغال العامة وفقا لقضاء مجلس الدولة المصرى لندرة الأحكام فى هذا الصدد ٠

هذا وقد ربطت بعض فتاوى المجلس القديمة بين عقد الأشغال ، وعقد المقاولة فى القانون المدنى ٠ فقد جاء فى فتوى ادارة الرأى رقم ٨٧٦ الصادرة فى ١٩٥٠/٥/٢٨ بخصوص عقد الأشغال ما يلى : « عقد الأشغال العمومية ، هو عقد مقاولة أشغال عمومية ٠ وعقد المقاولة كما عرفته المادة ٦٤٦ من القانون المدنى الجديد عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدى عملا لقاء آخر يتعهد به المتعاقد الآخر ٠ وفكرة الأشغال العمومية متصلة اتصالا وثيقا بالعقارات ٠ فقيام المتعهد أو المقاول ببناء أو ترميم أو صيانة مبانى أو منشآت ثابتة لحساب أحدى الجهات الادارية مقابل أجر متفق عليه هو عقد أشغال عمومية ، وقيام شركة مساهمة مقابل مبلغ متفق عليه بانشاء خزان أو كوبرى أو مصرف أو ترعة هو أشغال عمومية ٠ ولكن اتفاق الحكومة مع شركة ما على بناء سفينة لا يعتبر من الأشغال العامة بل هو عقد مقاولة موضوعه منقول لاعقار ٠٠٠ »[1] ونجد فى هذه الفتوى صدى الأخذ فى مجال العقود الادارية بالقواعد المدنية ، وهو اتجاه سبق أن ناقشناه ٠

---

(١) مجموعة الفتاوى ، السنة ٤ – ٥ ص ٨٦٨ ٠

الفصل الثالث

عقد التوريد والنقل

وقد جمعنا بينهما تحت عنوان واحد ، لأن مجلس الدولة الفرنسى يطبق عليهما ذات الأحكام ، اذ يعتبر عقد النقل نوعا من التوريد . وهذان العقدان ـ على عكس عقود الامتياز والأشغال العامة ـ لا يعتبرهما القضاء الادارى عقودا ادارية باستمرار ، بل من الممكن أن يكونا من طبيعة ادارية أو خاصة وفقا لما يتضمنانه من أحكام . ونعرض فيما يلى للتعريف بكل منهما باختصار :

الفرع الأول

عقد التوريد

١ ـ عقد التوريد «Le marché de fournitures» هو كما عرفته محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ « اتفاق بين شخص معنوى من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوى لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين » ثم قارنت بينه وبين الاستيلاء على المنقولات المملوكة للأفراد بقولها : « وهو يختلف عن الاستيلاء فى أن المورد فى العقد الادارى يسلم المنقولات المتعاقد عليها برضائه دون أن يكون مضطرا الى ذلك ، بينما الاستيلاء انما يكون بمقتضى قرار ادارى بأن يسلم المورد المنقولات المطلوبة بهذا القرار جبرا »[1] .

فموضوع عقد التوريد هو باستمرار أشياء منقولة ، كالبضائع أو مواد التموين أو الفحم أو السفن أو المواد الحربية المختلفة ...

---

(١) مجموعة أحكام المجلس ، السنة السابعة ص ٧٦ .

الخ . ولا يمكن أن يكون محله العمل فى عقار بطبيعته أو بالتخصيص والا أصبح عقد أشغال عامة كما ذكرنا .

٢ ـ ومن عقود التوريد التى اعترف لها القضاء الادارى المصرى بالصفة الادارية ، الاتفاق على توريد شعير ، وتوريد بطاطين[١] والتصريح للأفراد باستيراد بعض صفقات من الصفيح بشروط معينة[٢] ، وتوريد كميات من الدقيق لوزارة التموين[٣] ، وتوريد بوابات معينة[٤] ... الخ .

ولقد كانت محكمة القضاء الادارى المصرية تعتمد فى أول الأمر فى الكشف عن طبيعة عقد التوريد ، على مدى صلة العقد بالمرفق العام . ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ حيث تقول : « ومن حيث ان الوزارة عندما عرضت شراء الشعير من المدعين بالثمن والشروط والمواصفات التى قررتها ، انما قصدت تخصيصه لنشاط مرفق التموين طبقا لما هو واضح من المستندات المودعة فى الدعوى ، ومتى كان المدعون قد

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٤ مارس سنة ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام المجلس ، السنة السادسة ص ٦٠٤ ، وقد جاء فيه : « ... ومن حيث أنه لا جدال فى أن العقد المبرم بين الحكومة والمدعى بشأن توريد بطاطين يعد من عقود التوريد وكل نزاع يترتب على هذا العقد من أول تكوينه الى آخر نتيجة فى تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التى نشأت عنه يدخل فى اختصاص هذه المحكمة » .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ يونيو سنة ١٩٥٤ ، السنة الثالثة ص ١٥٥١ وقد جاء فيه : « ... ان المستفاد مما تم من اجراءات فى شأن صفقات الصفيح أن عمليات الاستيراد تمخض فى الواقع عن عقد توريد ، فعناصر العقد قد توافرت من حيث السلع ومواصفاتها وأسعارها . ولقد كان ذلك الأمر معلوما للطرفين بادىء ذى بدء ، فكانت الشركة تعلم قبل الاذن بالاستيراد أنها ليست حرة التصرف فيما تستورده ، وانما هى تستورد لحساب الحكومة ، وكانت الحكومة بدورها تعمل على الاستيراد وتشجع عليه لعلمها أن مآل الصفقات جميعها اليها ولذلك لم تأذن الا باستيراد ما يتفق وحاجات البلاد » .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ ق ، وزارة التموين ضد السيد/ محمد محمد خليل .

(٤) حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٩ ، السنتان ١٢ و ١٣ ص ١٦١ .

قابلوا ايجابها بقبول فيكون قد انعقد بذلك عقد ادارى لا عقد مدنى »[١] .

أما الآن فان المحكمة تحرص على ابراز الشرط الثالث والهام ، وهو احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة . ومن ذلك قولها فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (وقد سبقت الاشارة اليه) « ... ومن حيث ان هذه المنازعة خاصة بعقد توريد ، وهو من العقود الادارية التى لا تخضع لأحكام القانون الخاص ، وانما يفصل فيها على مقتضى مبادىء القانون العام فى شأن العقود الادارية ، ولما كانت هذه العقود تختلف عن العقود المدنية فى أنها تستهدف مصلحة عامة فى تسيير المرافق العامة ... فانه من أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الادارة سلطات استثنائية ، وحق تطبيق قواعد غير مألوفة فى عقود القانون الخاص بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة ... وهى أبرز الخصائص التى تميز نظام العقود الادارية عن نظام العقود المدنية ... » .

ولقد وجدنا حكما لمحكمة القضاء الادارى صادرا فى ١٧ مارس سنة ١٩٥٧[٢] (القضية رقم ١٨٢٧ لسنة ١٠ قضائية) قد يوحى ظاهره بأن عقد التوريد ، هو عقد ادارى باستمرار . فقد جاء فى ذلك الحكم ما يلى : « ومن حيث ان المادة العاشرة من القانون الرقيم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد ادارى آخر **فعقد التوريد من العقود الادارية المسماة بمقتضى القانون** ، وهو اتفاق بين شخص معنوى من أشخاص القانون العام ، وبين فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه هذا الفرد أو تلك الشركة بتوريد أشياء معينة للشخص المعنوى لازمة لمرفق عام ، مقابل ثمن معين ، وهذه العناصر كلها متوافرة فى عقد توريد الشعير المبرم .. بين مجلس بلدى قويسنا والمدعى عليه ... »

---

(١) سبقت الاشارة اليه .

(٢) مجلس بلدى قويسنا ضد السيد سلامة فهمى فانوس .

ونعتقد أن محكمة القضاء الادارى لا يمكن أن تكون قد ذهبت الى أن عقد التوريد هو عقد ادارى بتحديد القانون للنص عليه صراحة فى المادة العاشرة ، فقد سبق أن ذكرنا أن العقود الادارية فى مصر هى عقود ادارية بطبيعتها ولخصائصها الذاتية لا بتحديد المشرع • وعقد التوريد هو من العقود التى قد تكون ادارية أو مدنية وفقا لخصائصها الذاتية ، ولهذا حرص المشرع فى قانون سنة ١٩٤٩ على أن يقصر اختصاص محكمة القضاء الادارى على الفصل فى المنازعات التى تتعلق بعقود التوريد الادارية ، فاستبعد من اختصاص المحكمة المنازعات المتعلقة بعقود التوريد غير الادارية • أما المادة العاشرة من القانون المشار اليه فقد ذكرت العقود الثلاثة السابقة على سبيل التمثيل • ونهاية المادة صريحة فى أن مناط اختصاص القضاء الادارى هو كون العقد اداريا • واذا كانت عقود الامتياز والأشغال العامة ، هى عقود ادارية باستمرار وفقا لخصائصها الذاتية ، فان هذا ليس الشأن فى عقد التوريد ، اذ يجب أن يشتمل ذلك العقد على العناصر الثلاثة السابقة لكى يكون اداريا •

٣ ــ وقد يختلط عقد التوريد بعقد آخر ، فيسرى على كل من العقدين نظامه القانونى • ونجد مثالا لذلك فى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٩٦٩/١/٢٥ (النشرة المؤقتة ص ١٣٩) حيث تقرر المحكمة أن مثار المنازعة انصب كله على اصلاح الدراجات البخارية والموتوسيكلات ، وعلى توريد وتركيب ما يلزم لها من قطع غيار جديدة وصاج وأخشاب ومشمع ومقابض وما الى ذلك ، واستكمال الفوانيس والاشارات الحمراء • ولما كان التوريد فى هذا العقد ينصب على أشياء ذات شأن محسوس من حيث قيمته وأهميته بجانب العمل ، فان العقد بهذه المثابة ينطوى على مزيج من مقاولة الأعمال والتوريد ، وتقع المقاولة على أعمال الاصلاح وينطبق أحكامه عليه ، ويقع التوريد على المواد وتسرى أحكامه فيما يتعلق به •

٤ ــ وتتخذ عقود التوريد فى العمل صورا مختلفة ، من أشهرها فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى التمييز بين أن يقتصر التوريد على

مرة واحدة ، ويطلقون على العقد فى هذه الحالة تسمية «marché de livraison» وبين أن يتم التوريد على دفعات متعددة : ويسمون العقد فى هذه الحالة «marché de fournitures multiples et successives» : ويذهب القضـاء الفرنسى عادة الى أن العقد الأول هو من عقود القـانون الخاص • أما الثانى ، فيكون من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام • بل لقد ذهب بعض المفوضين الى حد أن جعلوا من التوجيه السابق قاعدة مطلقة[١] • ولكن هذا التعميم يعيبه الاطلاق ، لأن العقد الأول من الممكن أن يكون عقدا اداريا اذا ما احتوى على شروط العقود الادارية[٢] • ويتفرع من عقـد التوريد فى الوقت الحاضر ، بالنظر الى انتشار الصناعة ، عقود مقاربة أهمها :

عقـود التوريد الصناعية «marchés de fabrication ou industriels» فالعنصر الأساسى فى عقـود التوريد العادية ، هو تسليم منقولات يتفق على مواصفاتها مقدما ، ويكون المتعاقد حرا فى المصدر الذى يحصل عليها منه • ولكن فى عقود التوريد الصناعية ، يقوم بجوار التسليم عنصر آخر هو عنصر صناعة البضائع المتفق على توريدها • ومن ثم يكون للادارة حـرية كبيرة فى التدخل أثناء اعـداد تلك البضائع كما سنرى فيما بعد •

وعقـود التحويل : «marchés de conversion ou de transformation» فالدولة تسلم منقولات الى احدى الشركات لتحويلها الى مادة أخرى ، ثم يعاد تسليمها الى الدولة • وهذا الاتفاق كما هو واضح ، اتفاق مركب ، يعتبره القضاء الادارى الفرنسى عقد توريد وفقا لقاعدة وحدة الاتفاق التى أشرنا اليها فيما سلف ، اذا ما كانت فكرة التوريد

---

(١) تقـرير ليون بلوم بمناسـبة حكـم مجلس الدولة الفرنسى فى قضـية «Granits des Vosges» وراجع تقرير المفوض كورناى فى قضـية «Fromassol» مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ٧٧ وقضية «Eclairage de Poissy» مجموعة سيرى سنة ١٩٢٤ ، القسم الثالث ص ٢ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ فى قضية «Sté des forges Chantiers de la Méditerranée» المجموعة ص ١٠٤ •

هى المهيمنة على الاتفاق[١] • ولكن المجلس يفصل بين العمليتين — التسليم والتحويل — اذا ما قامت كل عملية منهما مستقلو تماما عن الأخرى[٢] • ونجد تطبيقا لهذه الحالة فى حكم المحكمة لادارية العليا الصادر فى ١٩٦٩/٢/١ (مجموعة المبادىء ، ص ١٩٤٧) حيث تعلن المحكمة أنه يجوز لجهة الادارة المتعاقدة أنتزود المتعهدين بالخامات اللازمة لصناعة أى صنف ••• وفى هذه الحالة يحاسب المتعهد على أجر تصنيع يقدر على أساس الفرق بين الصنف وفق أسعار كشوف الوحدة وثمن الخامات الداخلة فى صناعته • فاذا كانت تلك الأصناف مسعرة فيكون أساس الحساب هو سعره الرسمى •

الفرع الثانى
عقد النقل

١ — وعقد النقل «Le marché de transport» هو اتفاق بمقتضاه يتعهد فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة للادارة أو بوضع سفينة تحت تصرفها • وقد يكون موضوع العقد مقصورا على مرة واحدة أو عدة مرات منتظمة • والأحكام القانونية لهذا العقد هى بذاتها أحكام عقد التوريد كما ذكرنا • ولا تختلف الا فيما يتعلق بموضوع كل منهما : فموضوع عقد النقل ، يتعلق بنقل أشياء منقولة ، أما موضوع الثانى فيقوم على توريد منقولات • كما أن كلا منهما يكون اداريا أو مدنيا وفقا لطبيعته الذاتية •

٢ — ويحدث فى العمل أن يقوم خلط بين عقد النقل من ناحية ، وعقد الامتياز من ناحية أخرى ، اذا كان موضوع عقد الامتياز ينصب على نقل الأشياء ، كما فى حالة امتياز نقل الخطابات بالسفن

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Talbot ste des autom-obiles» المجموعة ص ٨٦ •

(٢) حكم المجلس فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية «Poulet» المجموعة ص ٩٥٦ •

«Service postal maritime» • والغالب أن يكون ثمة عقد امتياز اذا كان النقل منتظما وبمقتضى رسم مقدر مقدما ، وكان مسموحا به للادارة وللأفراد على السواء • ويكون عقد نقل اذا كان النقل مقصورا على مرة واحدة أو على مرات غير محددة مقدما ، وغير مسموح به للأفراد[1] «Sans périodicité déterminé et sans accès du public»

٣ — وقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى المنازعات المتعلقة بعقود النقل غنى ، لاسيما فيما يتعلق بالنقل بالسفن : وهو يعتبر عقد النقل مدنيا ، اذا ما اقتصر صاحب السفينة على وضع سفينته تحت تصرف الادارة بذات الشروط المألوفة فى العقود التجارية ، ودون أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة ، أو أن يخول صاحب السفينة التدخل مباشرة فى نشاط المرفق العام[2] • وعلى العكس من ذلك يصبح العقد اداريا اذا انطوى على شروط استثنائية وغير مألوفة[3] ، أو اذا الزم صاحب السفينة بأن يتولى بنفسه وببحارته نقل الجنود ، فيساهم بذلك مباشرة فى تسيير المرفق العام[4] •

هذا وقد أعمل مجلس الدولة المصرى القواعد السابقة فى تحديد طبيعة عقد النقل المبرم بين الادارة وأحد الأفراد ، وكانت الادارة هى التى تعهدت بالنقل ، وذلك فى حكمه الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ قضائية) حيث يقول : « ولما كان عقد النقل المبرم بين مصلحة البريد والمدعى لنقل طرود

---

(١) فالين ، مطوله فى القانون الادارى ، الطبعة السادسة ، ص ٥٦٦ ، وجيز مطوله فى القانون الادارى الجزء الأول ص ٤٩ •

(٢) قضاء مطرد ، حكم المجلس فى ١٨ يونيو سنة ١٩١٩ فى قضية «Cie des chargeurs français» المجموعة ص ٥٢٠ وحكم التنازع فى ٦ أبريل ١٩٤٦ فى قضية «Ste franco-tunisienne» المجموعة ص ٣٢٧ وفى ١٨ مايو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Comptoir d'exportation» مجموعة (R.P.D.A.) سنة ١٩٥٤ رقم ٢٨٣ •

(٣) حكم المجلس فى ١٩ يونية سنة ١٩١٨ فى قضية Ste des voiliers français المجموعة ص ٥٩٧ قضاء مطرد •

(٤) حكم التنازع الصادر فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ فى قضية «Manon» المجموعة ص ٧٩٥ •

من مصر الى السودان ، والذى ينظم أسس المسئولية فى هذه الدعوى لا يندرج تحت المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ اذ لا تتوافر فيه مقومات العقد الادارى بحسب التعريف الذى حدده قضاء المحكمة على الوجه المتقدم (والذى أورده الحكم فى صدره) اذ ليس المقصود به تسيير مرفق عام وليس فى نصوصه شروط غير مألوفة فى القانون الخاص ، وانما هو عقد مبرم لتحقيق مصلحة فردية خاصة وهى نقل رسالة من مصر الى السودان فى مقابل أجر أو رسم ، فهو عقد من عقود القانون الخاص التى تخرج المنازعة بشأنها عن ولاية هذه المحكمة » .

الفصل الرابع

عقد تقديم المعاونة

١ ـ وعقد تقديم المعاونة «L'offre de concours» هو عقد بمقتضاه يلتزم شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام بالمساهمة نقدا أو عينا فى نفقات مرفق عام أو أشغال عامة . فقد يتقدم الى الادارة بعرض المساهمة فرد من الأفراد ، كمالك يعرض المساهة فى نفقات انشاء طريق يؤدى الى أملاكه ، أو شخص من أشخاص القانون العام كغرفة تجارية ، تعرض الاشتراك فى نفقات انشاء محطة للسكة الحديد أو توسيع ميناء من الموانى العامة . فاذا ما قبلت الادارة العرض ، انعقد بين الادارة ومن يتطوع بالمساهمة عقد ادارى هو عقد تقديم المعاونة .

٢ ـ والأصل أن يكون التطوع بالمساهمة اختياريا ولو جاء نتيجة طلب من الادارة ، أو باغراء من جانبها . ويستطيع من يتقدم بالمعاونة أن يسحب عرضه قبل أن تقبله الادارة . أما اذا قبلته فقد انتهى الأمر بالنسبة الى المتقدم ، وأصبح ملزما بعرضه . أما بالنسبة الى الادارة فالأصل أن عقد تقديم المعاونة لا يولد التزاما فى جانبها ، فهى ليست ملزمة بالقيام بالمشروع الذى قدم العرض من أجله حتى ولو قبلت العرض صراحة ، بل تملك العدول عنه . واذا هى فعلت فانه لا يمكن مسئوليتها عن ذلك بناء على خطأ تعاقدى . وكل ما يملكه المتعاقد الآخر فى هذه الحالة هو التحلل من التزامه بتقديم ما اتفق عليه . ولأجل هذا ، فقد رفض الفقيه جيز أن يعتبر تقديم المعاونة عقدا من العقود[1] ، لأنه لا يولد التزامات فى جانب الادارة . ولكن المسلم به فى الوقت الحاضر هو عكس ما ذهب اليه جيز ، لأنه ليس من اللازم أن يولد العقد التزامات فى جانب

(١) مطول جيز فى القانون الادارى ، الجزء الثالث ص ٤٤٦ وما بعدها .

الطرفين فى جميع الحالات ، فمن العقود ما لا يرتب التزامات الا فى جانب واحد كما ذكرنا • «C. unilateraux» ، وتلك هى طبيعة عقد تقديم المعاونة • ثم ان هذا العقد ، عند تنفيذه قد يرتب التزامات فى جانب الادارة ، وذلك اذا اقترنت المعاونة المقدمة بشروط مشروعة ، مثل تعليم بعض الناس بالمجان ، أو توريد خدمات معينة بالمجان لمن قدم المعاونة • فحينئذ تسأل الادارة اذا قصرت فى أداء تلك الخدمة مسئولية تعاقدية[1] •

٣ — وبهذا التكييف أخذت محكمة القضاء الادارى فى بعض أحكامها المطولة ، ومنها حكمها الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ والذى جاء فيه بخصوص هذا العقد ما يلى : « ومن حيث ان العلائق القانونية التى قامت بين المدعين والحكومة مصدرها فى الحقيقة العقد الذى عرض فيه المدعون أن يلتزموا بالمساهمة فى نفقات انشاء مبنى المحكمتين الوطنية والشرعية عن طريق هبة قطعة الأرض ومبلغ من المال • وهذا العقد هو ما يسمونه فى فرنسا «L'offre de concours» أى عرض المساهمة فى نفقات مشروع ذى نفع عام ، وهو عقد ادارى يتعهد بمقتضاه شخص برضائه واختياره بأن يشترك فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة ، وقد يصدر من أحد الأفراد كما فى حالة هذه الدعوى أو من أحد الأشخاص الاداريين كالهيئات الاقليمية أو المؤسسات العامة ، وقد يكون المتعهد ذا مصلحة فى تعهده أو غير ذى مصلحة فيه ، وقد يكون بعوض أو يتمخض تبرعا ، وقد يكون مبتدأ من تلقاء المتعهد أو مثارا من جانب الحكومة ، كما لو عرضت على احدى المدن انشاء مدرسة بها بشرط مساهمتها فى نفقاتها فساهمت فيها ، وقد تكون المساهمة بمبلغ من المال أو بشىء عينى كأرض أو غيرها ، وقد يكون التعهد منجزا وقد يكون مشروطا • ولكن مهما اختلفت صور هذا العقد وتباينت أو صافه ، فهو يقوم على المساهمة الاختيارية فى مشروع ذى نفع عام • ومن هنا تظهر خصيصتاه الأساسيتان : الأولى أنه عقد فيتميز بذلك

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى ، الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٨٩٢ ، وفى ٢٨ يوليو سنة ١٨٩٩ فى قضية «Gau-Bose»

عن الاستيلاء وعن نزع الملكية للمنفعة العامة اذ كلاهما يتم جبرا • وفى الحق فالعقد يتكون من عرض من جانب المتعهد يصادف قبولا من جانب الادارة • والى أن يتم هذا القبول ، يجوز للعارض سحب عرضه ، فاذا تم بتلاقى القبول بالايجاب ، نشأ التزام على جانب المتعهد بأن ينفذ تعهده بالمساهمة فى النفقات بحسب موضوعها ، وكان الالتزام من جانبه وحده • واذا كان العرض لا يتضمن سوى قيام الحكومة بالمشروع ذى النفع العام ، اذ هى لا تلزم بتنفيذ هذا المشروع ان ارتأت فى تقديرها ملاءمة عدم تنفيذه ولا يكون ذلك منها عندئذ خطأ تعاقديا ، وغاية الأمر أن التعهد يسقط لأنه بطبيعته معلق على شرط هو القيام بالمشروع • فان تخلف هذا الشرط سقط التعهد تبعا • أما اذا اشترط المتعهد فى عرضه اشتراطات ثانوية كأن تورد الادارة المياه أو النور الى منزله مجانا ان عرض مساهمته فى نفقات مشروع المياه أو النور فى المدينة ، وقامت الحكومة بتنفيذ المشروع ذاته ، فانها تلتزم بتنفيذ هذه الاشتراطات القانونية • فان لم تنفذها كان ذلك خطأ تعاقديا من جانبها • والثانية هى أنه عقد ادارى • ويترتب على ذلك أن العرض لايسقط بوفاة المتعهد قبل قبول الادارة ، بل يجب على الورثة سحبه وذلك على خلاف الهبة المدنية التى يسقط عرضها بوفاة الواهب قبل قبولها من جانب الموهوب له بغير حاجة الى سحبها من جانب ورثته ، وعلة التشدد فى العقد الادارى هو اتصاله بالمصلحة العامة • ويترتب على هذه الخصيصة أيضا أنه يجوز للادارةأن تتحلل من قبولها للعرض اذا قدرت بعد هذا القبول أنه لا يتفق مع الصالح العام كما لو ظهر لها ان تنفيذ المشروع يكلفها نفقات طائلة أو أنه عديم النفع أو لا يحقق الصالح العام على خير الوجوه أو أن المشرع على وجه آخر أوفى بهذا الغرض ، كما يترتب عليها أن المنازعات الناشئة عن هذا العقد تعتبر منازعات ادارية باعتبارها متفرعة عن عقد ادارى[1] » •

---

(١) السنة السادسة ، ص ٢١٤ •

وتأخذ المحكمة الادارية العليا بذات التعريف فى أحكامها الحديثة • ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى ١٥ مارس سنة ١٩٨٠ (الطعن رقم ٣ لسنة ٢٣ القضائية) حيث تقول : « عقد المساهمة فى مشروع ذى نفع عام ، هو عقد ادارى يتعهد بموجبه شخص ، برضائه واختياره ، بالمساهمة نقدا أو عينا فى مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة ، وهو يتمتع بخصائص العقود الادارية التى تنأى عن القواعد المألوفة فى مجالات القانون الخاص •

ومن ثم فلا يتقيد فى شأنه اذا تم على وجه التبرع بقواعد الهبة المقررة فى القانون المدنى ، وانما تنطبع قواعداه باحتياجات المشروع العام وأسباب المصلحة العامة التى تستهدف المساهمة تحقيقها ••• ومن ثم لا وجه للنعى ببطلان العقد بدعوى عدم افراغه فى ورقة رسمية »[1] •

كما أنها فى حكمها الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٧١ (الطعن رقم ١٣٦٦ لسنة ٢٥ قضائية) تعود فتؤكد ذات الأحكام بصور أكثر تفصيلا ، حيث تقرر أن تقديم أحد المواطنين قطعة أرض تبرعا مساهمة منه فى مشروع ذى نفع عام ، وقبول جهة الادارة وتسلمها الأرض ، هو « عقد يجمع مقومات عقد المساهمة فى مشروع ذى نفع عام وهو عقد ادارى يتعهد بمقتضاه أحد الأشخاص ، برضائه واختياره ، بالمساهمة نقدا أو عينا فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة • وقد يكون المتعهد ذا مصلحة فى تعهده أو غير ذى مصلحة فيه • وقد يترتب التعهد بعوض أو تبرعا ، وقد يكون تلقائيا من ذات المتبرع أو بطلب من جهة الادارة ، وقد يكون منجزا أو مشروطا • ومهما اختلفت صور هذا التعهد وتباينت أوضاعه ، فهو يقوم على المساهمة الاختيارية فى مشروع ذى نفع

---

(١) وفى الموضوع قررت المحكمة الادارية العليا أن عقد تقديم المعاونة الذى يلتزم أحد الأفراد بمقتضاه بتقديم قطعة أرض على سبيل التبرع اسهاما منه فى احدى المشروعات ذات النفع العام ، لا يستلزم التقيد فيه بأوضاع الهبة المدنية وشكلياتها • ومن ثم لا تعتبر الرسمية شرطا فى صحته وسلامته قانونا •

عام ، فهو عقد ادارى وثيق الصلة بعقود الأشغال العامة ، يمتاز بخصائص العقود الادارية ، التى تنأى عن القواعد المألوفة فى مجالات القانون الخاص ، ومن ثم فلا يتقيد فى شأنه اذا تم على وجه التبرع بقواعد الهبة المقررة فى القانون المدنى وبالتالى ينأى عن أوضاع الهبة المدنية وشكلياتها ، وليست الرسمية شرطا فى صحته أو سلامته للقول بفسخ العقد المذكور استنادا الى أن الجهة الادارية عدلت عن السير فى انشاء مشروع النفع العام لمضى مدة طويلة ولقيامها بتأجير الأرض محل التبرع ، ذلك أن العقد وقد قام سليما منتجا لجميع اثاره ، فان ما بقى بعد ذلك ، وهو تعيين المشروعات التى ستقام على الأرض محل التبرع أو تحديد الوقت المناسب للسير فى انشائها ، أمر تترخص فيه الجهة الادارية وفقا للاعتبارات التى تقدرها ، ومن بينها الاعتبارات المتعلقة بالميزانية ، بلا معقب عليها من قبل المتبرع » .

٤ ـ هذا ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على اعتبار عقد تقديم المعاونة اداريا باستمرار اذا تعلق بتنفيذ أشغال عامة[1] . ومرجع ذلك الى آن القضاء الفرنسى يعتبر عقد الأشغال العامة اداريا باستمرار ، ويعتبر عقد تقديم المعاونة اذا ما اتصل بأشغال عامة من قبيل الأشغال العامة ، ويأخذ حكمها . أما اذا لم يتصل عقد تقديم المعاونة بأشغال عامة ، بل بتنظيم مرفق عام «L'organisation d'un service public» ، فان القضاء الادارى فى فرنسا لا يعتبره عقدا اداريا بتحديد القانون كما هو الشأن فى الحالة السابقة ، بل يكون اداريا أو مدنيا بحسب خصائصه الذاتية[2] .

---

(١) قضاء مستقر ، حكم المجلس الصادر فى ٩ مارس سنة ١٩٠٦ فى قضية «Gau-Bose» المجموعة ص ٢٢٥ مع تقرير المفوض روميو وفى ٩ يونيو سنة١٩٤٨ فى قضية «Ville de Digne» المجموعة ص ٦٤١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٠ فى قضية «Leboncher» المجموعة ص ٦٢٥ ، وفى ٨ يوليو سنة ١٩١٠ فى قضية «Gervaie et Ponolle» المجموعة ص ٥٨١ .

وينتقــد بعض الفقهاء التفرقة السابقة ، على أساس أن عقــد تقديم المعاونة هو عقد ادارى باستمرار[١] ٠

ولما كانت فكرة العقود الادارية بتحديد القانون لا محل لها فى مصر ، فان عقد تقديم المعاونة ، يكون عقــدا اداريا بطبيعته وفقا للمعيار العام فى تمييز العقود الادارية ٠

(١) جيز ، مجـلة القانون العام سنة ١٩٢٥ ص ٦٠٣ وراجـع مؤلف الفقيه «Gervais» وموضوعه : «Les offres de concours» طبعة سنة ١٩٥٤ ، ص ٣٥ ٠

الفصل الخامس

عقد القرض العام

١ ـ وعقد القرض العام «Le contrat d'emprunt public» هو عقد بمقتضاه يقرض أحد الأفراد (أو البنوك) مبلغا من المال للدولة (أو لشخص معنوى آخر من أشخاص القانون العام) مقابل تعهدها بدفع فائدة سنوية محددة ، وبرد القرض وفقا للشروط فى نهاية الأجل المحدد ٠ والأصل أن يتم العقد برضاء الطرفين اختيارا ٠ ومن ثم فان الصفة العقدية بالنسبة للقروض العامة تصبح محل شك فى حالة القروض العامة الاجبارية لأنها تتم بارادة السلطة العامة المنفردة « فالقروض العام الاجبارى ضريبة من حيث أنه مفروض على الأفراد فرضا لا اختيار فيه ، وان كان يحتفظ بصفته كقرض من حيث ما يدره من فوائد (وان تكن ضئيلة) وما يعيطه من حق (نظرى فى الغالب) فى استرداد قيمته »[١] ٠

هذا وقروض الدولة فى فرنسا هى من العقود التى تدخل المنازعات بشأنها فى اختصاص القضاء الادارى بنص القانون ٠ ومن ثم فانها تعتبر ادارية بتحديد القانون ٠ ولهذا فقد ذهب رأى الى التمييز بين قروض الدولة وقروض غيرها من الأشخاص العامة ، وقصر الصفة الادارية على الأولى دون الثانية ٠ ولكن الرأى الحديث يسوى فى هذا الصدد بين النوعين ، فيعتبر العقد فى الحالتين اداريا أو مدنيا وفقا لطبيعته الذاتية[٢] وان كان الغالب أن قروض الدولة

---

(١) راجع ميزانية الدولة ، للدكتور محمد حلمى مراد ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٥ ، ص ١٨٥ ٠

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Benoist» مجلة القانون العام سنة ١٩٣٦ ص ١١٢ ، وحكمه فى ٩ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية «Gény» المجموعة ص ١٩ ٠ وفى ٥ يناير سنة ١٩٥٥ فى قضية «Cie française des carburants» مجلة الادارة ، سنة ١٩٥٥ ص ٢٣ مع تعليق «Liet-Veaux» ٠

هي عقود ادارية • أما عقــود الهيئات العامة الأخــرى فانها تكون ادارية أو مدنية بحسب ما تحتوى عليه من شروط[١] •

٢ ــ ولما كان القروض العام يؤدى الى تحميل الدولة بالتزامات مالية لآجال طويلة،وبشروط قد تكون مرهقة أوفيغير صالح الدولة، كما حدث في مصر في وقت من الأوقات ، فان القاعدة المسلم بها في معــظم الدول النيابية تحتم موافقة البرلمان على القــروض العامة . فيصدر قانون يخول الدولة التعاقد بشروط معينة لا تستطيع الحكومة مخالفتها • وبهــذا المعنى صيغت الفقرة الأولى من المــادة ١٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ اذ تقول : « لا يجوز عقد قرض عمومي ولا تعهد قــد يترتب عليه انفاق مبالغ من الخزانة في سنة أو ســنوات مقبلة الا بموافقة البرلمان » وقد وردت هــذه الفقرة بحالتها ، مع تعديل طفيف في صياغتها ، تحت رقم ٩٦ من دستور سنة ١٩٥٦ اذ تقول : « لا يجوز للحكومة عقــد قرض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة في سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة مجلس الأمة » ثم وردت هذه المادة حرفيا تحت رقم ٧٢ من دســتور سنة ١٩٦٤ ، كما وردت في صياغة مقاربة برقم ١٢١ من دســتور سنة ١٩٧١ حيث تقول : « لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خــزانة الدولة في فترة مقبلة الا بموافقة مجلس الشعب »[٢] •

---

(١) حكم المجلس في ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٨ في قضية «De Lestrac» المجموعة ص ٣٨٧ وحكمه في ١٤ مايو سنة ١٩٤٣ في قضية «Cne de Joinville-le-Pont»: الوز سنة ١٩٤٣ ص ٧٤ •

(٢) الواقع أنه لابد من انتظار التقاليد الدستورية الجديدة لمعرفة ما اذا كانت موافقة مجلس الشعب في الحــالات التي يتطلب فيها الدســتور تلك الموافقة تأخذ صورة القانون ، أو يكتفي بمجرد الموافقة التي لا تفرغ في شكل قانون •

هذا وقد أبرزت فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى رقم ٢٦٣ الصادرة في ١٩٥٩/٤/٢١ (مجموعة أبو شادى ، ص ٤٢٧) حكمة موافقة البرلمان على القرض بقولها : « وحكمة هذه النصوص أن القرض التزام خطير بالغ الأثر في أموال الدولة ، وله ارتباط وثيق بمبدأ فرض الضرائب ، وذلك أن كل قرض عام يقتضى في الغالب فرض ضرائب لأدائه ، وكذلك الحكم بالنسبة الى الالتزامات التي يترتب عليها انفاق مبالغ من خزانة الدولة في سنة أو سنوات مقبلة ، فمثل هذه =

وضرورة موافقة البرلمان على عقــد القرض العام ، سواء تمت هذه الموافقة فى صورة قانون أو فى غير صورة القانون ، لا يغير من طبيعة العقد بعد ابرامه ، فسبق صدور هذه الموافقة هو من اجراءات التعاقد ، كما أن موافقــة البرلمان على عقــد القرض ليس له صفة الالزام ، بمعنى أن الحكومة تستطيع أن تعدل عن ابرام القرض اذا رأت أن المصلحة العــامة فى ذلك ٠ واذا كان من اللازم أن يصــدر قانون باجازة الاقتراض العام فى كل حالة على حدة ، فان المشرع قد يصدر قانونا بتخويل الادارة حق الاقتراض فى حدود معينة ، وطبقا لشروط محــددة ٠ ومن أوضح الأمثلة على ذلك القوانين المنظمــة للادارة المحلية فى مصر ابتداء من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ حتى القانون الحالى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) فالمادة ١٥ من هذا القانون الأخير تقضى بأنه « مع مراعاة عدم الاخلال بحكم المادة ١٢٩ من القرار بقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩[1] ، يجوز للمجلس الشعبى المحلى للمحافظة ــ فى حدود الخطة والموازنة المعتمدة ــ أن يقترض للقيام بمشروعات انتاجية أو استثمارية لازمة للمحافظة أو للوحدات المحلية فى نطاقها ، بشرط ألا يجاوز حد الديونية ٤٠٪ من المجموع السنوى للايرادات الذاتية للمحافظة أو للواحدة المحلية التى تنشــأ فيهــا هــذه المشروعات ٠ ولا يجــوز زيادة النســبة المشــار اليها أو الاقتراض من جهة أجنبية الا بموافقة رئيس مجلس الوزراء » ٠

كما ورد النص على حق الوحدات المحلية الأخــرى فى المادة ٤٣ فقرة خامسة بالنسبة للمركز ، والمادة ٥١ فقرة حادى عشر بالنســبة للمدينة ، والمادة ٦٩ فقرة ٧ بالنسبة للقرية ، وقد جاءت الصياغة موحدة فى جميع هــذه الفقرات ، حيث تقــول : « القــروض التى

= الالتزامات تنطوى على معنى الاستدانة ــ ويجب اعمالا لمبدأ رقابة السلطة التشريعية فى الشئون المالية أن توافق هــذه السلطة على تلك الالتزامات ، وذلك ســواء ارتبطت الحكومة بنفسها مباشرة ٠٠ أو كان الارتباط بطريق غير مباشر فى حالة ارتباط بعض الهيئات العامة بمشروعات مستقلة تضمن الحكومة الوفاء بالتزاماتها » ٠

(١) تقضى المادة المشار اليها بما يلى : « لا يجوز لوحدات الادارة المحلية ابرام أى قرض أو الارتبــاط بأى مشروع غير وارد فى الخطة أو الموازنة اذا كان يترتب عليه انفاق مبالغ فى فترة مقبلة الا بعد موافقة مجلس الشــعب وذلك مع مراعاة أحكام المادة ١٥ » ٠

يعقدها المجلس » • فالقـرض والاقتراض فى هـذه الحالة لا يعرض على البرلمان ، اكتفاء بموافقة المجالس المحلية وهى بمثابة برلمانات محلية من ناحيـة ، ولأن ثمة وصاية ادارية تمارسها جهات الادارة المركزية على اختصاص المجالس فى هذا الشأن من ناحية أخرى ، وان كان المشرع ــ كما رأينا ــ قد تطلب موافقة مجلس الشعب فى بعض الحـالات • (مادة ١٢٩ من القانون رقم ٤٣ لسـنة ١٩٧٩ المعدل ، وقد أوردناها فيما سلف) •

٣ ــ هذا ولما كان التعديل الدستورى الأخير (١٩٨٠) ، قد نص صراحة على أن « الشريعة الاسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع » ولما كانت الشريعة الاسلامية تحرم المعاملات الربوية ، فقـد دفع بعض المواطنين أمام القضاء الادارى بعدم دستورية التشريعات والقرارات التى تفرض فائدة معينة على المدين • ولكن المحكمة الادارية العليا فى أحكامها الحديثة ، رفضت هذا الدفع ، فهى فى حكمها الصـادر فى ٣ أبريل سنة ١٩٨٢ (الطعن رقم ٣٣٦ لسـنة ٢٦ القضائية ، والطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٢٦ قضـائية) تقرر أن النص الوارد فى الدستور بأن الشريعة الاسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع « هذا الخطاب موجه الى السلطـة التشريعية ••• والى أن ينبثق النظـام التشريعى الكامل ، ويستكمل قوته الملزمة ، فان التشريعات السارية فى الوقت الحاضر تظـل نافـذة ، بحيث يتعين على الحاكم تطبيقهـا توصلا للفصل فى المنازعات التى ترفع اليها • ولو قيل بغير ذلك لادى الأمر الى تضارب الأحكام ، واضطراب ميزان العدالة ، مع المساس فى ذات الوقت بأحـد المبـادى الأصليـة ، وهو مبدأ الفصـل بين السلطة » • وقد أعادت المحكمة توكيد هذا المبدأ فى حكمها الصادر فى ١٣ يونيه سنة ١٩٨٢ (الطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٢٦ قضائية)[١]

---

(١) وفى هذا الحكم أرست المحكمة مبدأ جديدا بمقتضاه أن الموظف لا يلتزم بدفع فوائد عن مبالغ صرفت له خطأ « أخذا فى الاعتبار ، ما جرى عليه القضاء الادارى بالمقابلة لذلك من عدم التزام الحكومة بفوائد مبالغ المرتبات والبدلات التى يقضى بها قضائيا ، بالتطبيق لأحكام القوانين واللوائح متى تأخرت الجهة الادارية فى صرفها لمن يستحقها من العاملين » •

الفصل السادس

عقود البيع والشراء التي تبرمها الادارة

لاتحتوى هذه العقود على خصائص ذاتية فى مجال دراسة النظرية العامة للعقد الادارى • ومع ذلك فاننا نشير الى بعض الملاحظات الخاصة بها •

الفرع الأول

عقود الشراء التي تبرمها الادارة

وعقود الشراء التى تبرمها الادارة «Les achats de l'administration» اما أن تنصب على منقولات أو عقارات :

فاذا ما انصبت على منقولات : «Les achats d'objets mobiliers» فان العقد هنا يكون عقد توريد ويخضع للأحكام العامة التى أوردناها فيما سلف •

واذا ما تناولت عقارات : «Les achats immobiliers» فان العقد يكون اداريا أو مدنيا وفقا لخصائصه الذاتية وبالتطبيق للقواعد العامة التى أوردناها عند دراسة معيار العقود الادارية ، وان كان الغالب فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أنه يعتبرها عقودا خاصة • ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكمه الصادر فى ١٣ يوليو سنة ١٩٣٨ فى قضية «Sieur Batté» والذى جاء فيه أن شراء البلدية لأحد العقارات هو بطبيعته من عقود القانون الخاص[1] •

---

(١) المجموعة ص ١٠٠٤ ، وقد جاء فيه وصفا لشراء الادارة لذلك العقار قوله :
«De sa nature un contrat de droit civil qui n'en demeure pas moins tel alors même qu'une commune y figure comme partie.

وراجع حكم التنازع الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٠ فى قضية (Bayer) دالوز سنة ١٩٣١ القسم الثالث ص ٢٣ مع تعليق (Appleton) وحكم المجلس الصادر فى ٧ يناير سنة ١٩٥٥ فى قضية «Biancamaria»
«Actual. Jur. 1955, II. P. 163»

الفرع الثانى

عقود البيع التى تبرمها الادارة

١ — الأصل فى عقود البيع التى تبرمها الادارة «Les ventes de l'administration» أنها من عقود القانون الخاص ، فعقد البيع هو من العقود المسماة فى القانون الخاص ، والتجاء الادارة اليه هو بمثابة الاعلان عن نيتها فى استعمال وسائل القانون الخاص . ومن ناحية أخرى فان المال العام كما هو معلوم لا يقبـل التصرف فيه «inaliénable» ، ومن ثم فان البيع ينصب عادة على مال من أمـوال الدومين الخاص[١] . ولهذا فان مجلس الدولة الفرنسى يلتزم فى وصه هذه العقود صيغة تقليدية تجرى على النحو التالى :

«Cons. que les ventes d'objets mobiliers appartenants à l'Etat sont des contrats de droit commun».

ولقد التزمت محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (فى القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية) صياغة مشابهة واستندت الى الأسباب التى أشرنا اليها حيث تقول ، بعد أن أوردت معيار تمييز العقود الادارية والذى ذكرناه أكثر من مرة « ... وليس فى نصـوص هذه العقـود (بيع ثمار الحـدائق المملوكة للادارة) أى خروج على أسلوب القانون الخاص ، ولا علاقة لتلك العقود بتسيير مرفق عام ، وانما تنصرف العقود الثلاثة ... الى استغلال الدولة للدومين المملوك لها ملكا خاصاً تتصرف فيه على شاكلة الأفراد عنـدما يتصرفون فى أموالهم تصرف السيد فى ماله «de jouer et disposer en maitre de ses biens» وفقا لقـواعد القانون المدنى . ومن المسلم به أن عقد البيع هو أهم العقود المسماه وأقدمها زمنا ، وأكثرها ذيوعا ولعله أبرز عقود القانون الخاص ، فخصص له المشرع الفصل الأول من الكتاب الثانى من التقنين المدنى الجديد

---

(١) راجع من أمثلة ذلك القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها .

(المـواد فيما بين ٤١٨/٤٨١) وهو بذلك يخرج عن ولاية هـذه المحكمة لتستقل بالنـظر فى المنازعات المترتبة عليـه المحاكم المدنية ذات الولاية العامة فى المسائل المتفرعة عن القانون الخاص ••• » •
وبذات الصياغة صـدر حكم المحكمة الادارية العليا فى ٢٤ فبراير سـنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٥٥٧) فى خصوص بيع أحد المرافـق العامة كمية من الزلط التى يملكها ، وقـد سبق أن أشرنا اليه عند دراسة معيار تمييز العقد الادارى •

على أننا وجدنا تطبيقا محل نظر فى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٥٤٩) فقد قامت الادارة ببيع أنقاض أحد المبانى الحكومية • وعند التنفيذ تبين أن الأنقاض المبـاعة تحتـوى على بعض الأعمدة الرخاميـة الأثرية ، فاستولت عليها مصلحة الآثار • وثار نزاع بشـأن استنزال قيمتها من ثمن الأنقاض • ولم يثر نزاع بشأن طبيعة العقد لا أمام محكمة القضاء الادارى ، ولا أمام المحكمة الادارية العليا ، مما يستنتج منه أن جهتى القضاء قد اعتبرنا العقـد اداريا ، مع أن بيع الأنقاض لا يحتـوى على شروط استثنائية ، ولا صلة له بالمرفق العام ، فهل نظر الى العقد من زاوية الهدم ، على أسـاس أنه من قبيل الأشغال العامة ؟!

٢ ــ على أنه اذا كان الأصل العام هو ما سبق ، فان بعض عقود البيع التى تبرمها الادارة تعتبر ادارية اذا ما تجلت نية الادارة فى الأخذ بوسائل القانون العام عن طريق ادراج شروط استثنائية وغير مألوفة فى العقد ، أو اذا ما كان المرفق العـام الذى تتصـل به تلك العقود يؤدى خدماته فى ظروف خاصـة تستلزم اسـتعمال وسـائل القانون العام «conditions particulières de fonctionnement du service»

ومن أوضح الأمثلة على ذلك البيوع التى يبرمها مرفق التموين «Les service de ravitaillement» مع الجمهـور أثنـاء الحرب • وما ذلك الا تطبيق للقواعد العامة فى هذا الصدد •

(١) مطول دى لوبادير فى العقود ، المرجع السابق ، ص ١٣٧ •

الفصل السابع

عقود الايجار «Les contrats de location»

وهذه العقود متنوعة ، ويحسن هنا أن نميز بين حالة ما اذا كانت الادارة هى المستأجرة أو المؤجرة ٠

أولا : الأدارة هى المستأجرة : «Locations faites à l'administration»

ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى ، فالأصل فى هذه العقود ، حتى ولو تعلقت بتسيير مرفق عام مباشرة ، أنهـا تعتبر من عقـود القانون الخاص ، ما لم تتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة ٠ وقد سبق أن رأينـا تطبيقـا لذلك فى حالة تأجير السفن للادارة عنـد التعريف بعقد النقل ٠

وقضاء مجلس الدولة الفرنسى غنى فى هذا الصدد فيما يتعلق بتأجير الادارة لعقارات بقصد تخصيصها للمرافق العامة المختلفة ، اذ يجرى فى هذا الخصوص على اعتبار هذه العقود من عقود القانون الخاص ما لم تحتو على شروط استثنائية وغير مألوفة ، وهـذا نادر الحدوث عملا[1] ٠

ثانيا ـ الادارة هى المؤجرة : «Location faites par l'administration»

وهنا اما أن يرد الاتفاق على عين تتبع الدومين الخاص للادارة فيكون العقد عقدا خاصا كما سبق أن ذكرنا[2] ، واما أن يرد العقد

---

(١) حكم التنازع الصادر فى ٤ يونية سنة ١٩١٠ فى قضية «Cie Le Soleil» مجموعة سيرى سنة ١٩١٢ القسم الثالث ص ١٥٤ مع تقرير المفوض «Feuilloley» وحكمهـا فى ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ فى قضيا «Gauffreteau» المجموعة ص ٦٥١ ٠ وحكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٤٢ فى قضـية «Ville de Sarlat» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٣ ص ٣٤٩ مع تقرير المفوض «Léonard» وتعليق بونار ٠ وراجع حكم النقض الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية «office national du Tourisme» دالوز سنة ١٩٣٩ القسم الأول ص ١٠١ ، مع تعليق فالين ٠

(٢) حكم النقض الفرنسى الصـادر فى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٠ فى قضـية : «Sté Bordeaux, Algérie. Corbière» دالوز سنة ١٩٥٠ ص ٤١٧ =

على عين من أمـوال الدومين العـام ، وهنـا يوجد احتمال العقـد الادارى • ولما كان لهذا الموضوع أهمية خاصة فى القانون المصرى كما سنرى فيما بعد ، فاننـا نوليه شيئا من التفصيل : كان الرأى الغالب فقها حتى سنة ١٩٣٨ أن الاتفاقات التى يتضمن محلها شغلا للمال عام «Comportant occupation du domaine public» تعتبر عقودا ادارية باستمرار وفقا لمحلها ، لأن المال العام يخضع لنظام استثنائى، ولو أن صياغة بعض الأحكام التى صدرت من مجلس الدولة الفرنسى كانت توحى باحتمال وصف تلك العقود ، بانهـا من عقود القانون الخاص[1] •

ولكن المشرع تدخل سنة ١٩٣٨ فى هذا المجال ، وأصدر مرسوما بقـانون (فى ١٧ يونية) جعل بمقتضاه المنازعات المتعلقـة بتلك العقود من اختصـاص القضـاء الادارى • وبالرغم من هذا النص ، فقـد ترددت المحاكم القضائية قليلا ، حتى تدخلت محكمة التنازع وحسمت هذا الموضوع على سبيل الاطلاق[2] •

وهـذا ما يردده مجلس الدولة الفرنسى فى أحـكامه الحـديثة باستمرار ، ومنها على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية[4] «Sté. pour le traitement industriel des produits de l'Ocean» وقد جاء فيه : « وحيث انه يتجلى بوضوح ، سواء من نصوص المرسوم بقانون الصـادر فى ١٧ يونية سـنة ١٩٣٨ أو من أعماله التحضيرية ، أن العقود التى تتضـمن شـغلا للمال العام، أيا كان

= وراجع حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٢ مارس سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٢٥٦) حيث تقول : « تأجير احدى الجهات الادارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة الى أحد الأفراد لاقامة مصنع عليها لا يعتبر عقدا اداريا » •

(١) راجع على سبيل المثال حكم المجلس الصادر فى ٧ فبراير سنة ١٩٢٥ فى قضية : «Ch. de fer de l'Etat» المجموعة ص ١٤٢ •

(٢) حكم التنازع الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٢ فى قضية «Sté méditerranéene de combustibles» مجموعة سيرى سـنة ١٩٤٣ القسـم الثـالث ص ٢٩ مع مذكرة لستر •

(٣) المجموعة ص ٢٣٩ •

شكلها أو تسميتها ، تكتسب الصفة الادارية ، وتخرج بالتــالى من اختصاص القضاء العادى ومن نطاق القانون الخاص ... » .

ويظهر من هذا الحكم بوضوح ، أن نص المرسوم بقانون المشار اليه ، هو نص كاشف . بمعنى أن العقود التى تتضمن شغلا للدومين العام هى عقــود ادارية بطبيعتها ، بالرغم من نص القــانون عليها صراحة . وهــذا هو ما يدافع عنه معظم الفقهاء أيضــا[١] . وعلى الأساس الســابق اعتبر القضـــاء الادارى الفرنسى عقودا ادارية ، الاتفــاقات التى تبرمها الادارة مع الأفراد بقصــد شغل جــزء من شــاطىء البحر لبناء كبائن للاستحمام[٢] أو لاقامة معــدات لبعض الشركات فى الموانى العــامة[٣] . وكذلك الشــأن فى تأجير الادارة لقطعــة من أرض الدومين العام لأحــد الأفراد لاقامة ســلخانة[٤] وتخصيص أجــزاء معينة من الأسواق العامة للباعة[٥] أو مساحات محــددة من الجبانات العــامة كمــدافن لبعض الأفراد «concessions funéraires»[٦] ... الخ .

الاتفاقات التى تتضمن شــغلا للمال العام فى مصر : علمنا مما سبق أن اختصاص القضـــاء الادارى المصرى فى موضــوع العقــود الادارية هو اختصاص مســتحدث بدأت نواته ســنة ١٩٤٩ ، ولم يتكامل الا سنة ١٩٥٥ ، وبالتالى فانه من المتعين أن يرجع فى هــذا الموضوع ـقبل التاريخ المشار اليهـ الى قضاء المحاكم العادية . وموقف القضاء العــادى فى هذا الخصوص له دلالة لا يمكن اغفالها فى هذا

---

(١) دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٤٧ . وراجع للفقيه «Charlier» بحثه بعنوان : «Les contrats comportant occupation du domaine public d'après le décret du 17 Juin 1938» منشور فى مجموعه سنة ١٩٤٣ القسم الأول ص ٣٧٢ . وتعليق فالين المنشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٤٤ ص ١٧ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية «Montagne»

(٣) حكم المجلس الصادرفى٢١ يناير سنة ١٩٤٩فى قضية «Cie général frigo-rifique» المجموعة س ٢٧ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية «Ste. général des adattoirs municipaux de france».

(٥) حكم محكمة ليل الادارية فى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ ، دالوز سنة ١٩٥٠ ، س ٧٢٥ .

(٦) راجع مؤلف بيكينو ، المرجع السابق ص ١٢ .

المجال ، ذلك أن المحاكم القضائية أنكرت بصفة عامة ــ كما ذكرنا ــ المبادىء الادارية فى مجال العقود الادارية لتقيدها بنصوص القواعد المدنية • ولما كانت الاتفاقات التى تتضمن شغلا للمال العام ، تصطدم بالقواعد المنظمة للمال العام ، فيما لو طبقنا قواعد القانون المدنى عليها،فان الأمر انتهى بالمحاكم المدنية ــ وعلى رأسها محكمة النقض ــ الى انكار الصفة التعاقدية على الاتفاقات السابقة ، واعتبرتها مجرد تراخيص ، أى قرارات ادارية • ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم النقض المصرى الصادر فى ١٣/١١/١٩٤٤ والذى جاء فيه « ان تصرف السلطات الادارية فى الأملاك العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون الا بترخيص • والترخيص بحكم طبيعته معين الأجل ، غير ملزم للسلطة المرخصة ، التى لها دائما لداعى المصلحة العامة ، الحق فى الغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله ••• ان اعطاء الترخيص ورفضه والغاؤه والرجوع فيه كل أولئك أعمال ادارية بحكم القانون العام ، وصدور الترخيص مقابل رسم لا يمكن أن يخرجه عن طبيعته ولا يجعله عقد ايجار عادى خاضع لأحكام القانون المدنى[١] ••• » •

والتكييف الذى قالت به محكمة النقض ، يمكن الادارة من أن تفرض ارادتها على الطرف الآخر دون حاجة لموافقته ، وعلى خلاف قاعدة « العقد شريعة المتعاقدين » •

وظلت محكمة النقض المصرية على رأيها حتى بعد صدور قانون مجلس الدولة الثانى (سنة ١٩٤٩) والى قبيل صدور القانون الثالث (سنة ١٩٥٥) والذى جعل الاختصاص المطلق بالمنازعات الادارية للقضاء الادارى • ولا أدل على ذلك من حكمها الصادر فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ والذى يتعلق موضوعه بتأجير « بوفيه محطة سكة حديد حلوان وملحقاتها » لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد •

---

(١) مجموعة رسمية سنة ١٩٤٦ ، ص ١٤٢ • وراجع حكم محكمة مصر الكلية الأهلية الصادر فى ٧ مارس سنة ١٩٣٨ ، بشأن شغل مساحات معينة داخل الأسواق العامة المملوكة للحكومة وراجع حكم استئناف مصر الصادر فى ٢٤/١١/١٩٤٦ مجموعة رسمية سنة ١٩٤٩ ص ٢٥٩ ، وهو ينفى صفة العقد عن تصريح مصلحة السكة الحديد باقامة بوفيهات فى محطاتها •

فقد حدث بعد صدور الأمر العسكرى المنظم لعلاقة المؤجر بالمستأجر أن أخطر المستأجر الادارة برغبته فى تجديد العقد ٠ ولكن الادارة أخطرته بعدم رغبتها فى تجديده ، وأنذرته باشهار مزاد استغلال البوفيه ، وقد تم ذلك فعلا ورسا المزاد على آخر ٠ ولكن المستأجر الأول رفض اخلاء العين ٠ ولما رفع الأمر الى القضاء قضى الحكم الابتدائى والاستئنافى باعتبار الاتفاق عقد ايجار يخضع لأحكام الأمر العسكرى وما لحقه من قوانين منظمة لعلاقة المؤجرين بالمستأجرين ، وبالتالى بعدم جواز الاخلاء لزيادة الأجرة ٠ فطعنت الادارة بالنقض استنادا الى أن « ٠٠٠ العقد محل النزاع واضح الدلالة على أن الطاعنة لم تكن تنشد استغلال المقصف بقصد التجارة ، وانما كانت تقصد تأدية مصلحة عامة هى خدمة المسافرين فى قطاراتها بتوفير ما يحتاجون اليه فى أسفارهم من طعام وشراب بأسعار معتدلة ، وهو بهذه المثابة لا يعدو أن يكون ترخصيا للانتفاع بملك عام ، فهو مؤقت بطبيعته وغير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دواما ولداعى المصلحة العامة الحق فى الغائه والرجوع عنه ولوقبل حلول أجله ٠٠٠ » وبهذا الوصف أخذت محكمة النقض حيث تقول : « ٠٠٠ ومن حيث ان هذا النعى فى محله ، ذلك لأن العبرة فى تكييف العقد محل النزاع ، والتعرف على حقيقة مرماه وتحديد حقوق الطرفين فيه ، انما هو بما تضمنه هذا العقد وما حواه من نصوص ٠ فاذا كان يبين من نصوصه أنه وان وصف بأنه عقد ايجار الا أنه يتضح من مجموع نصوصه وما فرضه من التزامات أنه ألزم المستأجر بتهيئة المقصف وتزويده بما يلزم من طعام وشراب سدا لحاجة الجمهور ، مع مراعاة الشروط الصحية وبأسعار محددة فى قائمة مرافقة للعقد ، وأن يخضع لما تحدده المصلحة من أثمان لم ترد بالقائمة ، وأن يبيع معروضاته لعمال المصلحة بنصف القيمة المحددة وأن ينفذ ما يصدر اليه من أوامر فى شأن ادارة المقصف وألا يتولى ادارته الا من توافق عليه الطاعنة ، مع تحديد عدد المستخدمين ورفت من ترى رفتهم ، وأن يمكن لموظفى المصلحة من التردد لمراقبة تنفيذ

شروط العقد الى آخر القيود المبينة بالعقد المذكور[١] ··· دل هذا بوضوح على أن هذا العقد لا يصح اعتباره عقد ايجار ··· لأنه يبين من هذه القيود ومرماها أن الطاعنة فى تعاقدها مع المطعون عليه لم تكن تنشد استغلال محل معد للتجارة ، انما تبغى من وراء ذلك أولا وبالذات تحقيق مصلحة عامة هى خدمة المسافرين فى قطاراتها ليلا ونهارا بتوفير ما يحتاجون اليه فى أشفارهم من طعام وشراب وبأسعار معتدلة · فهو التزام بأداء خدمة عامة ··· ومن ثم فالحكم المطعون فيه اذ اعتبر العقد محل النزاع ـ رغم صراحة نصوصه ودلالتها على الغرض من ابرامه ـ عقد ايجار يخضع لأحكام الأمر العسكرى رقم ٣١٥ وما تلاه من قوانين ··· يكون قد أخطأ فى تكييف هذا العقد »[٢] ·

ولما كان اختصاص مجلس الدولة المصرى فى مجال العقود الادارية لم يكتمل الا سنة ١٩٥٥ ـ كما ذكرنا ـ فقد وجد نفسه مسوقا فى أول الأمر الى اعتناق مذهب المحاكم القضائية ، فاعتبر الاتفاقات التى ترد على المال العام بمثابة تراخيص ، أى قرارات ادارية · ومن أمثلة قضائه السابق الترخيص بشغل اكشاك الاستحمام المملوكة للبلديات[٣] ، والترخيص لأحد التجار بشغل محل بسوق الخضار لمدة معينة[٤] ·

وقد دافعنا عن هذا التكييف احتراما لقواعد الاختصاص ، التى كانت تجعل المنازعات المتعلقة بهذا الموضوع من اختصاص المحاكم

---

(١) وكل هذه الشروط التى أبرزتها المحكمة تعد شروطا استثنائية غير مألوفة مما يميز العقود الادارية · وسنرى ان محكمة القضاء الادارى المصرية ، فى قضائها الحديث ، قد استندت الى مثل هذه النصوص فى حالة مماثلة تماما للقول بأن الاتفاق يتضمن عقدا اداريا كما سيأتى بعد قليل ·

(٢) مجموعة أحكام النقض المدنية ، السنة السادسة ، ص ١٤٨٠ · (العدد الرابع) ·

(٣) حكمه الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام المجلس السنة السادسة ص ٦٠٠ ·

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٧ فبراير سنة ١٩٥٤ ، مجموعة أحكام المجلس السنة الثامنة ص ٦٠٨ ·

القضائية ، وهى المقيدة بالقواعد المدنية كما ذكرنا · ولكن بعد أن عدلت قواعد الاختصاص ، فقد عدلنا عن ذلك التكييف ، وطالبنا باعتبار الاتفاقات السابقة من قبيل العقود الادارية « لأن المبادىء التى تحكم العقود الادارية ، لا تقيد الادارة بدرجة القواعد المدنية ، بل تمكنها من أن تحقق مقتضيات الصالح العام بارادتها المنفردة ، كما أن اعتبار تلك التصرفات من قبيل العقود الادارية يضفى بعض الثبات والاستقرار على مراكز الأفراد الذين يتعاملون مع الادارة · وقد يتكلفون مبالغ كبيرة فى اقامة منشآت على المال العام موضع الاتفاق · ومن ناحية أخرى فان اعتبار الاتفاق من قبيل العقود الادارية يخول القاضى عند نظر النزاع ، سلطات أوسع من تلك التى يتمتع بها قاضى الالغاء · فهذا التكييف يوفق ـ عندنا ـ بين الصالح العام وصالح الأفراد على السواء[1] » · وقد حدث ما توقعناه ، اذ عدلت محكمة القضاء الادارى المصرية فعلا عن التكييف السابق ، وأضفت على تلك الاتفاقات وصفها الصحيح · ولعل أول حكم لها فى هذا الصدد ، هو حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (فى القضية رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ قضائية) وهو يتعلق بتأجير مقصف وقد جاء فيه : « ومن حيث انه يبين من الاطلاع على العقد المبرم بين محكمة القاهرة الابتدائية الشرعية وبين المدعى عليه ، وهو العقد محل النزاع ، أنه وان وصف بأنه عقد ايجار الا أنه فى حقيقته وجوهره عقد تقديم خدمات لمرفق من المرافق العامة ، وهو مرفق القضاء ، اذ يلتزم المدعى عليه طبقا لشروطه بتهيئة المقاصف الموجودة بالمحاكم واعدادها لخدمة موظفى المحاكم وجمهور المتقاضين وتقديم ما يلزمهم من المشروبات والمرطبات والمأكولات بأسعار محددة مرافقة للعقد ، على أن يكون لجهة الادارة حق زيادتها أو تخفيضها وأن يقدم لموظفى ومستخدمى المحكمة بعض المشروبات بأثمان مخفضة ، وأن يلتزم المدعى عليه بتنفيذ أمر الجهة الادارية المتعاقد معها اذا رأت

---

(١) مؤلفنا ، مبادىء القانون الادارى ، الطبعة الثانية ، ص ١٩٨ ـ ١٩٩ . ومحاضراتنا التى ألقيناها (ولم تطبع) على طلبة معهد العلوم الادارية والمالية سنة ١٩٥٦/١٩٥٥ فى موضوع العقود الادارية ·

فصل أحد العمال لعدم نظافته أو سوء سلوك أو لأى سبب كان ، كما اشترط فى العقد أن للمحكمة الحق فى التفتيش على المقاصف والعمال فى أى وقت والأمر باجراء النظافة واستبدال الغير لائق من المعدات على حساب المدعى عليه اذا قصر فى هذا الشأن ، وكذلك نص فى العقد على حق المحكمة فى فسخ العقد والاخلاء دون حاجة الى تنبيه أو انذار ، وهذه كلها شروط غير مألوفة فى العقود الخاصة المماثلة ٠

« ومن حيث انه على مقتضى ما تقدم يكون العقد سالف الذكر قد اتسم بالطابع المميز للعقود الادارية من حيث اتصاله بمرفق عام ، وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط استثنائية ٠٠٠ » ٠ ويلاحظ تشابه التسبيب فى هذا الحكم وفى حكم النقض الصادر فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ، والذى سبق أن أشرنا اليه رغم اختلاف النتيجة التى انتهى اليها كل من المحكمتين ٠

هذا ولقد اعتمدت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء فى حالة تتعلق بترخيص مصلحة الآثار لأحد الأفراد بشغل قطعة أرض من أملاك الدولة العامة لاستعمالها منشر سلال وجلود ، وذلك لمدة سنة تتجدد من تلقاء نفسها لمدة أخرى ما لم يعلن أحد الطرفين الآخر بعدم رغبته فى التجديد قبل انقضاء المدة بشهر واحد ، ومع حفظ حق الحكومة فى الغاء الترخيص فى أى وقت كان ٠ فبالرغم من وصف الانتفاع الخاص فى هذه الحالة بأنه ترخيص ، فقد رأت المحكمة الادارية العليا أنه « اصطبغ بصبغة العقد الادارى ، لا القرار الادارى ٠٠٠ ولا يغير من ذلك وصف هذا العقد بأنه ترخيص ، أو أن المبلغ المقابل للانتفاع هو رسم ٠٠٠ لأن الحكومة حين خصت (المنتفع) بجزء من الملك العام ، فانها كانت مستغلة لهذا الجزء باعتبارها مالكة له تحكمها قواعد القانون العام ٠٠٠ ولم يكن ذلك افصاحا عن الارادة الملزمة ، بل نتيجة لاتفاق تبادل فيه الطرفان الحقوق والواجبات » ثم استطردت المحكمة تضع قاعدة فى هذا الشأن حيث تقول : « غنى عن البيان أن العقد الذى يكون محله الانتفاع بمال عام ، هو بطبيعته من العقود التى تخضع لأحكام القانون العام ،

لأنها توافق طبيعة المال العام ، لاتصالها الوثيق بمقتضيات النفع العام » • (حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ ، السنة ٧ ص ٥٣٥) • ونريد أن نختم هذا الموضوع بالملاحظات الآتية :

الأولى : أن حكم القضاء الادارى السابق ـ وكذلك حكم النقض ـ قد استند الى الشروط الاستثنائية الواردة فى العقد لانكار صفته المدنية • وهذا صحيح من الناحية النظرية المجردة ، باعتبار أن هذه الشروط ـ بجوار الشروط الأخرى ـ هى الطابع المميز للعقود الادارية كما رأينا • ولكن الحقيقة أن العقود التى ترد على المال العام لا يمكن أن تكون مدنية بحال من الأحوال ، فهى عقود ادارية باستمرار ، لأن من خصائص المال العام ـ المسلم بها تشريعيا فى مصر ـ أنه لا يمكن التصرف فيه ، بمعنى أنه لا يمكن أن يكون محل تصرفات مدنية ، ومنها عقود الايجار فى القانون الخاص ، لأن مثل هذه الاتفاقات المدنية لا تتفق والغرض الذى خصص من أجله المال العام وهو الاستعمال العام • ولهذا فقد اعتبر الفقه والقضاء فى فرنسا أن المرسوم بقانون الصادر سنة ١٩٣٨ ، لم يستحدث جديدا ، وانما كشف عن الطبيعة الادارية لهذه العقود ، وهو ما سلمت به المحكمة الادارية العليا فى حكمها الذى سبقت الاشارة اليه •

الثانية : أنه اذا كان الاتفاق الذى يكون موضوعه شغل مال عام يعتبر عقدا اداريا باستمرار ، فان ذلك لا يعنى بحال من الأحوال منع الادارة من الالتجاء الى فكرة التراخيص • فالعقد الادارى ـ مهما كانت السلطات التى يخولها للادارة كما سنرى فيما بعد ـ يتضمن قيودا تحد من سلطة الادارة بعض الشىء • ولهذا فقد ترى الادارة أن تحتفظ بسلطتها كاملة ، بأن تجعل الانتفاع الخاص بالمال العام يتخذ صورة ترخيص يصدر بقرار ادارى منها ، كما أن لها أن تفرغ الاتفاق فى صورة عقد ادارى • ويكون مرجع التفرقة بين الحالتين الى نية الادارة ، وهى مسألة يستشفها القضاء فى كل حالة على حدة ، وذلك في حالة عدم وضوح نية الادارة • أما اذا

كانت نية الادارة قاطعة فى اتباع أسلوب الترخيص ، فليس للقضاء الادارى أن يعقب على هذه الارادة ٠

والنظام القانونى لنوعى الاستعمال الخاص للمال العام مختلف تماما : فاذا ما اعتبرناه عقدا ، فانه يخضع للمبادىء التى تحكم العقود الادارية والتى سنعرض لها تفصيلا فى هذا المؤلف ٠ أما اذا اعتبرناه ترخيصا ، أى قرارا اداريا ، فان الادارة تتمتع فى مواجهة المرخص له بسلطات واسعة ، فهى تملك أن ترفض الترخيص ابتداء ، وتستطيع أن توقف الاستعمال الخاص للمال العام ، وأن تعدل فى شروط هذا الاستعمال أو تلغى الترخيص ٠ وهذا ما قررته محكمة القضاء الادارى فى بعض أحكامها ، ومنها على سبيل المثال حكمها الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٥٧ (السنة ١١ ص ٦٤٣) حيث تقول : « ٠٠٠ ان منحها (الادارة) التراخيص ، أو منعها أو الغاءها هى من الأعمال الادارية التى تستند الى أحكام القانون العام التى تقضى باطلاق سلطة الادارة فى ادارة المال العام وفقا للمصلحة العامة ، ومراعاة لطبيعة استعماله ٠ ومن ثم فان للبلدية (بلدية الاسكندرية) أن تلغى تراخيص الأشغال ما دعت دواعى المصلحة العامة ، كحفظ النظام والآداب أو الأمن العام أو ادخال تحسينات على المال الى غير ذلك من مبررات المصلحة العامة ، وان تقديرها لهذه المبررات خارج عن رقابة المحكمة ٠ » ولكن رغم هذا الاطلاق الذى قد يستشف من نهاية هذا الحكم ، فان سلطة الادارة فى هذا الخصوص هى سلطة تقديرية وليست سلطة تحكمية ، فحقها فى هذا الصدد يقيده أن تستهدف تحقيق الصالح العام ٠ والمصلحة العامة فى هذه الحالة هى مصلحة مخصصة تنحصر فى المحافظة على تخصيص المال العام ٠ فاذا جانبت الادارة هذه الغاية ، ورفضت الترخيص ، أو سحبته نكاية فى فرد من الأفراد أو لتمييز فريق من الناس على فريق آخر دون مسوغ قانونى ٠٠٠ الخ كان تصرفها مشوبا بعيب الأنحراف «Le detournement de pouvoir» وحق لكل ذى مصلحة أن يطلب الغاءه أمام القضاء الادارى ، وأن يطالب بتعويض اذا ما ترتب على تنفيذ

قرارات الادارة المعيبة أضرار · بل لقد ذهبت محكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر في ١٩٥٤/١٢/١٥ (السنة ٩ ص ١٤٥) الى أن الحق في طلب التعويض في تلك الحالات لا يسقط « ··· حتى ولو نص في الترخيص على أنه لا يجوز طلب تعويضات عن ذلك (الغائه) أمام المحاكم أو السلطات الادارية » ·

الثالثة : أن مقطع النزاع في خصيصة العقد في حالتنا ، ترجع الى صفة المال الذي يقوم عليه : فاذا كان مالا عاما ، فهو عقد اداري ، والعكس · واذا كان معيار تمييز الأموال العامة ما يزال محل خلاف في فرنسا ، لأن المشرع لم يقدم المعيار القاطع في هذا الصدد ، فان الأمر في مصر مختلف ، ذلك أن المشرع ـ سواء في نص المادة ٩ من القانون المدني القديم أو في المادة ٨٧ من القانون المدني الجديد ـ قد قطع في هذه المسألة ، اذ قضى بأن المال المملوك للادارة يكتسب صفة العمومية بتخصيصه لمنفعة عامة باحدى الطرق المقررة قانونا · وبالتالي فان كل مال مملوك للادارة ، يخصص للنفع العام ، هو مال عام دون مراعاة لأي اعتبار من الاعتبارات الموجودة في فرنسا[١] ·

---

(١) مؤلفنا مبادىء القانون الاداري ، المرجع السابق ، في أي طبعة من طبعاته المتعددة ·

الفصل الثاني

عقود العمل

(Les contrats de prestation des services personnels)

وهى الاتفاقات التى يلتزم الأفراد بمقتضاها بتقديم خدماتهم الشخصية للادارة فى مقابل عوض يتفق عليه ، وهذا هو الغالب • ولكن منهـا ما يتم على النحو العكسى ، بأن تقـدم الادارة للأفـراد خدمات بعض الأشخاص التابعين لها فى مقابل عوض معلوم • وفيما يلى نعرض لكل من هذين النوعين •

الفرع الأول

الادارة هى صاحبة العمل

تلجأ الادارة فى تسييرها للمرافق العامة الى الاستعانة بالأفراد ، وهى فى استعانتها تسلك سبلا مختلفة :

١ ـ فالغالب أن يكون ذلك عن طريق التعيين بقرارات ادارية فردية ، وحينئذ يوجد الفرد فى مركز نظامى «situation règlementaire» ويسمى موظفا أو مستخدما بحسب الأحوال[١] •

٢ ـ ولكن للادارة أن تلجأ ـ فى حـدود معينـة ـ الى السـبيل التعاقدى • فما طبيعة العقد فى هذه الحالات ؟! يلجأ مجلس الدولة الفرنسى ـ وفقا للدراسة التى قام بها الأستاذ دى لوبادير[٢] ـ فى مطوله عن العقـود الادارية ـ الى وسـائل ثلاث للتعرف على طبيعة العقد الادارية على النحو التالى :

أولا : أن يحتوى العقد على شروط استثنائية غير مألوفة فى عقود القـانون الخاص : وهـذا ليس الا تطبيقا للمعيار العـام فى تمييز

---

(١) مؤلفنا مبادىء القانون الادارى ، المرجع السابق •

(٢) ص ١٢٦ وما بعدها •

العقود لادارية عن عقود القانون الخاص · ويردد المجلس هذا المعيار فى أحكامه على النحو التالى :

١ ــ فى حكمه الصــادر فى ١٨ ينــاير ســنة ١٩٥٢ فى قضية «Dame Kinssin» (مجلة القانون العام سنة ١٩٥٢ ص ٥١٣) يقول :

«Considérant que les stipulations du contrat ... ne lui imposaient aucune sujétion débordant le cadre des règles du droit privé, qu'ainsi elles n'ont pu créer un lien administratif entre la requérante et l'Etst».

٢ ــ وفى حكمه الصــادر فى ٧ مارس ســنة ١٩٥١ فى قضية «Thomas» يؤكد :

«Considérant que le contrat ne coportait aucune disposition exorbitante du droit commun ... qu'ainsi n'existait aucun lien de droit public entre le requerant et l'Etat».

وفى تطبيق هذا المعيار يراعى المجلس : السلطات الاستثنائية التى تحتفظ بها الادارة فيما يتعــلق بالفصــل[١] ، وطريقــة دفع المقابل ، والمبالغ التى تقتطــع من الأفراد ، ومقابل التقــاعد ان وجد[٢] ، كما أن مجــلس الدولة الفــرنسى يفحص أيضا الشروط المتعلقة بالرقابة أثناء تأدية العمل ، ووسائل التأديب ، ومدى القيود التى يفرضها العقد على المتعاقد الآخر[٣] ·

على أنه يجب أن يلاحظ من ناحية أخرى أن المجــلس لا يكتفى بشرط واحد من الشروط السابقة ، وانما يضع نصب عينيه مجموع الشروط المستمدة من العقد ·

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضــية «de Mestral» دالوز سنة ١٩٢٦ القسم الثالث ص ١٧ مع تقرير المفوض سلفادور وتعليق تروتابا · وحكم التنازع الصادر فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٢ فى قضية «Balliasse-Richaud» .

(٢) حكم المجلس فى ٢٠ يونية سنة ١٩٢٧ فى قضية «Fink» مجموعة أحكام المجلس ص ٧٣٣ وفى ١٣ يونية سنة ١٩٤١ فى قضــية «Dr. Gerbier» المجمــوعة ص ١٠٩ ، وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٦ فى قضية «Col de Madagascar» دالوز ص ٤٦٤ مع تعليق «Huet»

(٣) حكمه فى ٢٤ يناير سنة ١٩٤٧ فى قضية «joly» المجموعة ص ٢٧ ، وفى ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٧ فى قضية «Segol» المجموعة ص ١٥٨ وفي ٩ يونية سنة ١٩٤٨ فى قضية «Cousin» المجموعة ص ٢٥٤ ·

ثانيا : أن تنطوى الخدمة على اتصال دائم بالمرفق العام :
«La permanance de la participation au service public»

ويستند المجلس فى كثير من الحالات الى انعدام تلك الصفة فى العقد للقول بأنه من عقود القانون الخاص ، فيصف الخدمة بصفات منها «temporaire, précaire, non permanante» ٠٠ الخ[١] ٠

ثالثا : طبيعة العمل المسند الى الفرد : «La nature de l'emploi occupé»

ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى يجــرى منذ مدة طويلة على التمييز بين عمال المرافق العامة الاقتصادية والتجارية (Les services industriels) فهــو يعتبر من يشغل منهم مراكز التوجيه أو المراكز الرئيسية فى الحسابات «Le persennel dirigeant et comptable» شاغلين لمراكز قانونية عامة ٠ أما من يشغلون المراكز القانونية الأخرى الثانوية «Le personnel subalterne» فيتواجدون فى مراكز قانونية خاصة ٠ وعلى هذا الأساس فانه يعتبر الطائفة الأولى من قبيل الموظفين العموميين اذا ما عينوا بقرارات ادارية ، ومن قبيل الموظفين المعينين بعقود ادارية اذا ما عينوا بعقــود ٠ أما الطائفة الثانية فانهم أجراء يخضعــون للقانون الخاص باستمرار ٠

والذى يلاحظ على هذا الموضوع لأول وهلة فى مصر ، أن مجلس الدولة المصرى لم يأخذ بالتفرقة السابقة ٠ ومن أوضح أحكامه فى هذا الخصوص حكمه الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٥٣ حيث يقول : « ان الأصل فى موظفى المؤسسات العامة أنهم موظفون عمــوميون تربطهم بالمؤسسات العامة علاقة تنظيمية ٠٠٠ ولا تعول المحكمة على ما ذهب اليه بعض رجال الفقه فى هذا الصدد من تفرقة بين طائفتين من موظفى المصالح أو المؤسسات العامة الاقتصادية : الأولى طائفة الموظفين ذوى المناصب الرئيســية ، والأخــرى تضم من عدا هؤلاء من صغار الموظفين ، اذ يضفون على أفراد الطائفة الأولى دون الثانية

---

(١) حكمه فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية «Métrany» المجمــوعة ص ١٥ وفى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ فى قضية «Chapelier» المجموعة ص ١١١ وفى ٧ مارس سنة ١٩٥١ فى قضية «Thomas»

صفة الموظفين العموميين ، ذلك لأن هذه التفرقة لا تقوم على أساس علمى ، فمن العسير وضـــع مقياس لها بحيث لا يقع الخلط واللبس بين أفراد الطائفتين[١] » • وقد أكدت هذا القضاء المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٦٢ (ص ٧٩٣ س ٧) حيث تقول : « • • • وفى مصر يعتبر موظفين عموميين عمال المرافق العــامة ، سواء أكانت ادارية أو اقتصادية ، ما دامت هذه المرافق تدار بأسلوب الاستغلال المباشر • » • وعلى هــذا الأساس لا يكون لطبيعة المرفق العام الذى يعمل به الفرد وزن فيما يتعلق بالحكم على طبيعة عقده مع الادارة ، ويكون المعول عليه فى مصر هو خصائص العقد الذاتية •

على أن مجلس الدولة الفرنسى قد لجأ الى فكرة « طبيعة الوظيفة » فى نطاق المرافــق الادارية ذاتها ، واســتمد منها قرينة على طبيعة العقد ، بجوار القرائن الأخرى : فهو فى حكمه الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ فى قضية «Delle Pasteau»[٢] يقول بخصوص رئيسة الخدمة الاجتماعية :

«La requerante, assistante sociale chef, est liée à l'Etat par un contrat de droit public ... eu égard à la nature des fonctions exercées par cette catégorie d'agents qui collaborent de façon permanente à l'exécution d'un service public prévu et réglementé par l'ordonnance du ... ».

وفى حكمه الصادر فى ٩ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Blouin» يؤكد[٣] :

«Le réquérant médecin d'une institution d'éducation surveillée doit étre regardé, tant en raison de la nature de ses fonctions que du régime juridique auquel il se trouvait soumis...comme ayant avec l'Etat un lien administratif».

---

(١) مجموعة أحكام المجلس ، السنة السابعة ص ٦١١ •

(٢) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٩ ص ٧٥ مع تعليق فالين ، ومجموعة سيرى سنة ١٩٤٩ القسم الثالث ص ٣ مع تعليق «Rivero».

(٣) المجموعة ص ١٨٥ •

وقد استند فى أحكام أخـرى الى طبيعة الوظيفة للحكم بالصفة المدنية للعقد الذى يربط الأفراد بالادارة[١] ٠

ويعلق الأستاذ دى لوبادير على هذه القرينة التى أوردها المجلس فى كثير من أحكامه ، بأنها لا تقدم كثيرا ومن العسير تفسيرها[٢] ، اللهم الا على ضوء قرينة أخرى هى أن علاقة الوظيفة بمرفق منظم تنظيما خاصا ، تستتبع اضفاء الصفة الادارية على العقـود المتصلة به[٣] ٠ ولكنه يؤكد من ناحية أخـرى أن مجلس الدولـة الفرنسى يميـل الى اعتبار معظم العقـود التى من هـذا القبيـل ، عقـودا ادارية ، ولا يعتبر منها عقودا من عقود القانون الخاص الا ما تعلق بوظائف ثانوية جدا (des emplois très subalternes)

وكل ما يمكن أن نستمده من الملاحظات السـابقة هو أن أهمية الوظيفة ، وخطورة الأعباء الملقاة على شـاغلها ، تعتبر قرينة على أن الموظف فى مركز من مراكز القـانون العام ، وهى المراكز التى تتفق مع واجبات تلك الوظيفة ٠

أهـم حالات الموظفين المتعـاقدين فى مصر : تنحصر أهم هـذه الحالات فى مجالين :

المجـال الأول : توظيف الخبراء الأجـانب : وينظم أوضـاعهم الوظيفيـة قـرار الوزير المختص بالتنميـة الادارية رقم ٢ لسـنة ١٩٧٩[٤] ٠ وقد نصت المادة الثانية من هـذا القرار على أن يكون توظيف الخبراء الأجانب بطريق التعـاقد ، فى حـدود الاعتمادات

---

(١) على سبيل المثال حكمه الصادر في ٢٥ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية «Dame Braquet» مجموعة سيرى سنة ١٩٥٢ القسم الثالث ص ١١٧ حيث يقول بخصوص موظفة صغيرة فى ادارة البوليس :

«Considérant qu'à raison de sa nature d'emploi qui était confié à l'intéressé n'était pas au nombre de ceux qui ne sauraient être attribués qu'à des agents liés à l'administration dans les conditions du droit public».

(٢) ص ٣٢ حيث يقول :

«Il n'est pas très facile d'interpréter cette jurisprudence ... Le libelié des arrêtés n'eclaire que bien faiblement cette question».

(٣) «La notion de contrat administratif en raison des coditions particulières d'organisation du service public».

(٤) الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٩ ٠

المالية المدرجة بموازنة الوحـدة من بين ذوى الخبرات والتخصصات النـادرة أو التى يتعذر الحصـول عليها من بين المواطنين · وتبرم السلطة المختصة عقـد توظيف الخبير لمدة لا تجاوز سـنة ، تبدأ من تاريخ تسلم العمل · ويجوز تجديدها · (م ـ ٤) ويجب أن يتضمن العقد المبرم مع الخبير بيانات حددتها المادة الخامسة من القرار المشار اليه[١] ، كما يجب أن يحدد فى العقد المكافأة الشاملة للوظيفة التى يشغلها الخبير ، ويجـوز زيادة هذه المكافأة عند تجـديد العقـد بما لا يجـاوز ١٠٪ من المكافأة الشـاملة عن مدة تعـاقده السابقة · (المادتان ٧ و ٨) ونظمت المادتان ١٤ و ١٥ من ذات القرار نظام الأجازات المقررة للخبير الأجنبى ، كما حددت المادة ١٦ الجـزاءات التى توقع عليه ، وفصلت المواد من ١٧ الى ١٩ أوضاع انهاء العقد ·

المجال الثانى : توظيف العاملين الوطنيين الذين يقومون بأعمال مؤقتة : ويفصـل أحـكام توظيفهم قرار الوزير المختص بالتنمـية الادارية رقم ٣ لسنة ١٩٧٩[٢] · ويقصد بالأعمال المؤقتة الأعمال العارضة أو الأعمـال الموسمية (مادة ٢) ويكون توظيف العـاملين المؤقتين بطريق التعاقد فى حدود الاعتمادات المالية المدرجة بموازنة الوحدة ، ويجب أن يتضمن العقد البيانات المنصوص عليها فى المادة الثالثة من القـرار المشار اليه[٣] ، كما يراعى فى ابرامه الأحكام

---

(١) تشمل هذه البيانات : أ ـ أسماء طرفى العقد وصفة الموقع عن الوحدة · ب ـ البيانات الشخصـية المتعلقة بالخبير جـ ـ مـدة العقد د ـ وصف الوظيفة المسندة الى الخبير وتحديد واجباتها ومسئولياتها هـ ـ المكافأة الشـاملة المقـررة للوظيفة و ـ أيام العمل وساعاته والأجازات المقررة للخبير ز ـ المحكمة المختصة بنظر المنازعات القضائية ح ـ البيانات الأخرى التى ترى الوحدة اضـافتها الى ما تقدم ، وذلك بما لا يتعارض مع أحكام قرار الوزير المختص بالتنمية الادارية مع القرار الوزارى رقم ٣ لسنة ١٩٧٩ ·

(٢) الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٩ ·

(٣) تشمل هذه البيانات : أ ـ أسماء طرفى العقد وصفة الموقع عن الوحدة ب ـ البيانات الشخصـية المتعلقة بالعامل ومدد التعاقد جـ ـ الأعمال العارضـة والموسمية محل العقد د ـ المكافأة الشاملة المقررة للأعمال المشار اليها هـ ـ الجزاءات التى توقع على العـامل المتدرج و ـ المحكمة المختصـة بنظر المنازعات القضـائية ز ـ البيانات الأخرى التى ترى الوحدة اضافتها الى ما تقدم وذلك بما لا يتعارض رقم ٢ لسنة ١٩٧٩ ·

المالية والادارية الواردة فى اللوائح الصادرة فى هذا الشأن ، ويجوز للوحدة أن تضيف أحكاما تتفق مع طبيق الأعمال المؤقتة موضـوع العقد (مادة ٤) ويجـوز للسلطة المختصـة فسخ العقـد فى حالة الاخلال بشروطه ٠

حالة المتطوعين فى الخدمة العسكرية : (Les militaires engagés)

لا جدال بين الفقهاء فى أن المتطوع فى الخدمة العسكرية يشغل مركزا عاما ٠ ولكن هل يكون هذا المركز تعاقديا أم نظاميا ؟! أخذ مجلس الدولة الفـرنسى أولا بفكرة المركز النظـامى ، وكان ذلك فى حكمه الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٢٠[١] ٠

ولكن المجلس عاد بعد ذلك واعتبر الاتفاق المبرم بين المتطـوع والادارة عقدا من عقود القانون العام ٠ ولكن هذا العقـد الادارى هو بمثابة قـرار شرطى ، فهو لا يولد بذاته التزاما ، ولكنه يضـع المتطوع فى مركز نظامى ٠ نجد هذا المعنى فى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٣ يونيو سنة ١٩٤٧ فى قضـية(Schmitt)[٢] حيث يقول :

«Un tel contrat n'implique pas que l'Etat soit lié envers l'engagé par des stipulations synallagmatiques ... mais qu'il a seulement pour effet de le soumettre jusqu'à la date fixée par ledit contrat aux même obligation et au même statut militair que les individus normalement appelés par l'ordre de mobilisation».

ولكن فكرة « العقد المولد لمركز نظامى » «Contrat attributif d'une situation statutaire» قد انتقدت بشدة ، لأن طبيعة العقد أن يولد التزامات تعاقدية[٣] ٠

---

(١) مجلة القانون العام سنة ١٩٢٠ ص ٥٣٧ مع تقرير المفوض «Corneille» .
(٢) المجموعة ص ٢٥٧ ٠
(٣) راجع تعليق جيز فى مجلة القانون العام سنة ١٩٤٨ ص ٢٥٩ ، وتعليق «P.H.» فى مجموعة سيرى سنة ١٩٤٧ القسـم الثالث ص ١ ٠ وراجع مطـول دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ١٣٣ ٠

ويبـدو من الأحكام القليـلة الصـادرة من المحـكمة الادارية العليا حتى الآن أنها تأخذ بفكرة المركز النظامى للمتطوعين ، وهو المسلك القديم لمجلس الدولة الفرنسى : فهى فى حكمها الصادر فى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٨ (السنة ٣ ص ١٦٠١) تقرر أن العلاقة التى تربط من يتطـوع للخدمة فى الشرطة بالحـكومة هى علاقة قانونية مؤقتة تحكمها القوانين واللوائح القائمة وقت بدء مدة التطوع أو أثناءها • وفى حكمها الصـادر فى ٢٨ مارس سنة ١٩٥٩ (السـنة ٤ ص ١٠٢٣) قضت بأن « علاقة المدعى بمصلحة خفر السواحل ، وان افتتحت بتعهد يؤخذ عليه بالتطوع يعتمد من مديرها ، الا أنها ليست علاقة عقدية ، فلا يسرى عليها قانون عقد العمل الفردى ، بل هى علاقة قانونية تنظمها القوانين واللوائح » • وأخيرا فقد جاء فى حكمها الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٩٦٢ (السـنة ٧ ص ٨٥٨) أن « جميع عمال وعساكر مصلحة السواحل والمصايد وحرس الجمارك ، وأغلبهم من المتطـوعين فى خدمة تلك المصلحـة ، وهم من الخـدمة الخارجين عن هيئة العمال ، تطبق عليهم الأحكام الخاصة بهذه الفئة بقانون المصلحة المالية والتعليمات المالية من رقم ١ الصادر فى أول مارس سنة ١٩١٠ الى رقم ٥٩ الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ ، ويطبق على مصلحة السواحل الملحقة بوزارة الحربية قانون الأحكام العسكرية الصادر فى سنة ١٨٩٣ » •

الفرع الثانى

الادارة هى الملتزمة بالعمل

وهذا الفرض الثانى نادر عملا ، ولكنه غير مستحيل الوقوع • وصـورته فى فرنسـا ، أن تتعهد الادارة بتوريد بعض العمال من المسجونين أو المحجوزين الى أحد الأفراد أو الشركات فى مقابل أجر معلوم • ويطلقون على تلك العقود تسمية «Les contrats de main-d'oeuvre pénitentiaire» وقد يكون عمل المساجين داخل السجن أو خارجه :

العمل داخل السجن «Contrats de main-d'oeuvre dans les prisons»

وهـذا هو الغالب فى فرنسا • ويتصـل الاتفاق فى هذه الحالة عادة بعقد توريد أو أشغال عامة ، بأن تتعهد الادارة بأن تضع تحت يد المتعهد بالتوريد أو بالأشغال العامة العدد اللازم لانجاز العمـل المتفق عليه • وكثيرا ما يعرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسى بخصوص التأخير فى تنفيذ العقد (التوريد أو الأشغال العامة) على أثر تدخل الادارة بانقاص عدد المسـجونين الموضوعين تحت تصرف المتعهد أو المقاول • ويجـرى مجلس الدولة الفرنسى على القضـاء باختصاصه بهذه المنازعات باعتبارها مترتبة على عقـد ادارى[1] ، وان حاول ردها الى بعض نصوص القانون •

العمـل خارج السـجن «Contrats de main-d'oeuvre pénitentiaire à l'extérieur»

وهذه الحالة نادرة ، وبمقتضاها تسلم الادارة عددا من العمال لمقاول أو شركة للعمل فى خارج السجن أو المعتقل ، سـواء أكانوا من المساجين العاديين أو من أسرى الحرب • ويجرى المجلس هنا على اعتبار هذه الاتفاقات من قبيل العقود الادارية[2] •

---

(١) حكمه فى ١٤ يناير سـنة ١٩٢٩ فى قضية «Galby» ص ٢٥ وفى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ فى قضية «Durand et Poitevin» المجموعة ص ٦١٧ •

(٢) على سبيل المثال حكمه الصـادر فى ٢٨ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضـية «Cassan» المجموعة ص ٤٣٨ •

الفصل التاسع

عقود التعهد بالانتظام فى الدراسة وخدمة الدولة

كثر هذا النوع من العقود فى الآونة الأخيرة ، وأصدر القضاء الادارى المصرى بصدده عشرات الأحكام ، التى تتضمن مبادىء فى العقود الأدارية من المستحسن اضافتها فى هذه الطبعة[1] • فالمحكمة الادارية العليا مستقرة على أن هذا التعهد الذى يقدمه الطالب أو وليه هو عقد ادارى • فهى فى حكمها الصادر فى ١٩٦٨/٢/٢٤ (مجموعة المبادىء المؤقتة ص ١٦٤) تقضى بصراحة بأن التعهد الصادر من المدعى عليها ، هو عقد ادارى توافرت فيه خصائص ومميزات العقود الادارية ، وبمقتضاه التزمت (المدعى عليها) بالتدريس لمدة خمس سنوات عقب اتمامها الدراسة ، وتضمنت شروطه النص على أنه فى حالة عدم قيامها بذلك لغير عذر مقبول ، تلتزم بأداء ما أنفق من مصروفات على تعليمها •

وذهبت المحكمة الادارية العليا ، الى أن عقد الكفالة لا يشترط فيه الكتابة ، فهى فى حكمها الصادر فى ١٩٧٣/١٢/١٩ (مجموعة المبادىء المؤقتة ، ص ١٦٩) تقرر أنه « لما كان نجل المدعى عليه ، وقد تقدم للالتحاق بالمدرسة الثانوية للبريد ، يكون فى الواقع قد قبل جميع ما نص عليه كل من القرار الجمهورى رقم ١٦٢٠ والقرار الوزارى رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ المشار اليهما ، ويكون بذلك قد نشأ بينه وبين هيئة البريد عقد ادارى غير مكتوب اذ لا يشترط فى العقد الادارى أن يكون مكتوبا دائما • وبناء على هذا العقد غير المكتوب التزم الطالب المذكور بجميع الالتزامات التى فرضها قرار رئيس الجمهورية وقرار وزير المواصلات سالف الذكر » وكررت المحكمة الادارية العليا ذات المبدأ فى حكمها الصادر فى

---

(١) والطبعة التى سبقتها •

١٩٧٥/٢/١٥ (مجموعة المبادىء المؤقتة ، ص ١٧٦) وزادت على المبدأ السابق توكيدها أن عقد الكفالة يكون سليما حتى ولو كان الطالب قاصرا ، وذلك اعمالا للمادة ٧٧٧ من القانون المدنى التى نقص الأهلية ، كان ملتزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين
نقص الأهلية ، كان ملتزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين
المكفول ، وواضح أن المدعى عليه الثانى — وهو والد الطالب — كان يعلم بقصر ولده وأنه كفله لهذا السبب ، ومن ثم تصح مطالبته ويصح الرجوع عليه » ٠

وليس من الضرورى ، وفقا لقضاء المحكمة الادارية العليا ، أن يكون الكفيل هو والد الطالب ، بل يجوز أن يكون شقيقه،ولا يشترط فى هذه الحالة صدور قرار من المحكمة بالوصاية ، فالمحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٩٧٥/١١/١٥ (مجموعة المبادىء المؤقتة ، ص ١٧٨) تقرر أنه « متى كان البادى أن المطعون ضده ، قد وقع الاقرار بصفته وصيا ونائبا عن شقيقه ، وكان هذا الأخير قد قدم هذا الاقرار عند التحاقه بدار المعلمين ، ولم ينكر على شقيقه هذه الصفة ٠٠٠ فان الاقرار المتقدم يكون قد صدر سليما ومن ثم منتجا لآثاره » بل وليس من الضرورى أن يكون الكفيل والد الطالبأو وليا عليه أو وصيا ، مادام قد كفل الطالب ولم ينكر الطالب هذه الكفالة[1] ، على أن المحكمة تشترط أن تكون الكفالة

---

(١) على أن قضاء المحكمة الادارية العليا فى هذا المجال ليس مستقرا ٠ فهى فى حكمها الصادر فى ١٩٧٢/٣/١١ (مجموعة المبادىء المؤقتة ، ص ١٨٢) تقرر « أنه قد ثبت أن المدعى عليه الثانى ليس هو والد المدعى عليه الأول (الطالب) ولاوليه الطبيعى ، وقد خلت الأوراق مما يدل على أنله أية صفة قانونية أخرى فى التوقيع نيابة عنه على الاقرار محل المنازعة ، فان توقيعه على الاقرار المشار اليه بصفته والد المدعى عليه الأول ووليه الطبيعى لا يكون له أثر قانونى فى حق هذا الأخير ٠٠ » ٠

كماأنها فى حكمها الصادر فى ١٩٧٢/٣/١٨ (ذات المجموعة ، ص ١٨٣) تؤكد أن توقيع الأم على الكفالة لا قيمة له لأن الولاية الطبيعية لا تكون إلا للأب أو الجد ، أما الأم فلا تكون الا وصية على أولادها ، وليس فى االأوراق ما يثبت صفة المدعى عليها الثانية (الأم) كوصية على ابنتها المدعى عليها الأولى ، وبذلك يكون التعهد الذى وقعته بهذه الصفة ليست له أية قيمة قانونية !! » ٠

صريحة ، ولا لبس فيها ، فهى فى حكمها الصادر فى ١٩٧٥/٦/٢١ (المجموعة السابقة ص ١٨٤) تؤكد أن مجرد توقيع الوالد بجوار ابنته على التزامها بخدمة الدولة المدة خمس سنوات لا يفيد بذاته كفالة المدعى عليها ، لأنه طبقا لحكم المادة ٧٧٣ من القانون المدنى ، يجب أن يكون رضاء الكفيل بكفالة المدين رضاء واضحا لا غموض فيه ٠ والا فان أثر التعهد ينصرف الى الطالب وحده ! وهذا القضاء يذهب فى الأخذ بالشكلية الى مدى بعيد ، لأن اشتراط توقيع الوالد أو الكفيل بجوار الطالب ينصرف أثره الى جميع الالتزامات التى يتحمل بها الطالب ، كما رأت بحق الأحكام الأخرى التى أشرنا اليها ٠

ولمجلس الدولة قضاء غنى فى خصوص محاولة التحلل من دفع المبالغ التى يتعهد الطالب بدفعها اذا أخل بالتزاماته المتولدة عن العقد :

فمن الأمور التى رفض القضاء الادارى اعتمادها كسبب يحلل من الالتزامات بالدفع :

— تكرار الرسوب ليس بعذر يعفى من الدفع ٠ « ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تكرار الرسوب فى صف واحد ، لا يعتبر بذاته عذرا مقبولا يحل الطالبة أو ولى أمرها من التزامها بدفع مصروفات التعليم التى أنفقت على الطالبة خلال مدة دراستها اذا ما فصلت بسبب تغيبها » ٠ (حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٩٧٤/٥/١٨ ، مجموعة المبادىء المؤقته ، ص ١٨٦ ، وبذات المعنى حكمها الصادر فى ١٩٦٨/٣/٢ ، ذات المجموعة ، ص ١٨٧)

— ان التطوع فى الجيش لا يعد سببا مقبولا للتحلل من التعهد بالمواظبة على الدراسة « فلئن كان التطوع فى الجيش شرفا لا يدانية شرف ، الا أنه ليس من الأسباب القانونية المسقطة للالتزام ٠ والقول بأن التطوع بالجيش يعتبر سببا مقبولا يتحلل به المدين من التزامه ، قد يدفع بأى مدين الى التطوع فى الجيش تنصلا من الوفاء بالتزاماته،

ويصبح هذا الشرف وسيلة لتحقيق أهـداف غير نبيلة وهى التحلل من الالتزامات · ومن المجافاة الصريحة للمبادىء القانونية أن يتخذ الانسان من عمـله الاختيارى مبررا للاخلال بالتزاماته » (المحكمة الادارية العليا فى ١٩٦٨/٢/٣ ، المجموعة السابقة ، ص ١٨٨)

ـ واذا تعهد الطـالب بمواصـلة الدراسة فى معهد معين (دار المعلمين بشبين الكوم) فتركه ليواصـل الدراسه بمعهد مناظر فى محافظة أخـرى (كفر الشيخ) فانه يكون قد أخل بالتزامه « اذ أن لكل محافظة شخصيتها المعنوية المستقلة ، وميزانيتها الخاصة بها » · (ادارية عليا فى ١٩٧٢/٥/٢٠ المجموعة السابقة ، ص ١٨٩) ·

ـ واذا انقطعت الطـالبة المتعهـدة بالعمـل ، عقب تخـرجها وتعيينها ، فانها تكون مسئولة ولا يسقط مسئوليتها بعد انقطاعها أن تبدى استعدادها للعودة الى العمل مرة أخرى ، ذلك أن مسئوليتها تثبت بمجرد الانقطاع « واعادتها الى عملها هو من قبيل التعيين الجديد الذى تترخص فيه الجهـة الادارية بما تراه متفقا والصالح العام ، وحسن سير المرفق » (ادارية عليا فى ١٩٧١/١١/٢٧ ذات المجموعة ، ص ١٩٠ · وبذات المعنى حكمها الصادر فى ١٩٧١/٦/٢٦ ، ذات المجموعة ، ص ١٩١) ·

ـ ولا يجدى الطالبة فى اسقاط مسئوليتها ، الاستناد الى واقعة مرض والدتها وأنها انقطـعت عن الدراسة لرعايتها (ادارية عليا فى ١٩٧٤/٢/٢٣ ، ذات المجموعة ص ١٩٢) ·

ـ وأنه اذافصل العامل الملتزم بالخدمة مدة معينة لأخطاء ارتكبها، فان التزامه بالدفـع يظـل قائما « لأنه حـال بتصرفه الخاص دون استمراره فى العمـل وفاء للالتزام الملقى على عاتقه » · (ادارية عليا فى ١٩٧٤/٣/٢٣ ذات المجموعة ، ص ١٩٤ ، وذات المبدأ فى حكمها الصادر فى ١٩٧٩/٦/٩ ذات المجموعة ، ص ١٩٦) ·

ـ والتزام طالب الشرطة بأداء كامل الرسوم المقـررة عليه اذا ترك خدمة الشرطة ، والتحق بعمل آخر ، التزام مصـدره القانون

ولا تستطيع وزارة الداخلية الاعفاء منه كليا أو جزئيا · (ادارية عليا فى ٢٩ مارس سنة ١٩٨١ ، مجموعة أحكام المحكمة ، العدد الثانى ، ص ٨١٢) ·

- وأن من يوفد فى منحة تدريبية ، على أن يخدم الدولة مدة معينة يلتزم بأداة التعويض المقرر كاملا ، ولا يخصم منه مقابل المدة التى قضاها فى العمل بعد عودته من الخارج · (ادارية عليا فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٨١ ، مجموعة أحكام المحكمة ، ص ١٣٨) ·

وبدأت المعنى حكمها الصادر فى ١٧ مايو سنة ١٩٨٦ (الطعن رقم ١٨٣ لسنة ٢٥ قضائية) وفيه تؤكد المحكمة أن « الالتزام الأصلى محله أداء الخدمة لمدة كلية محددة سلفا ، وليس لمدد تستقل كل منها عن الأخرى ، بحيث تتكون من مجموعها المدة المتفق عليها ، والالتزام الأصلى غير قابل للتجزئة » ·

وعلى العكس من ذلك قررت المحكمة الادارية العليا :

- « ان التزام المدعى عليه بالتدريس ··· يقابله بحكم اللزوم التزام يقع عاتق وزارة التربية والتعليم بتعيينه فى احدى مدارسها فور تخرجه من كلية التربية أو بعد ذلك بمدة معقولة ··· فاذا لم تقم الوزارة بتمكينه من تنفيذ ما التزم به ، أو تراخت فى ذلك مدة غير معقولة ، فانه لا تثريب على المدعى عليه الأول أن يتحلل هو الآخر من التزامه ، وأن يضرب صفحا عن طلب جاءه بالتعيين متأخرا بعد مضى مدة تزيد على السنة بعد اتمام دراسته » · (الادارية العليا فى ١٩٦٧/٩/٢ ، ذات المجموعة ، ص ١٩٨) ·

- وأن التحاق طالب يقيم بسوهاج بمدرسة المعلمين العامة بسوهاج ، وتعهده بالاستمرار فى الدراسة الى أن يتخرج ، وبأن يقوم بالتدريس مدة خمس سنوات بعد تخرجه ، هذا الالتزام يسقط اذا ألغيت الفرقة المقيد بها الطالب ، ونقل تلاميذها الى مدرسة المعلمين بأسيوط ، لأن ذلك « يعتبر خروجا من جهة الادارة ، بارادتها المنفردة على شروط ما تعاقدت عليه ، يقابله حق الطالب

في التحـلل من التزامه بالاستمرار في الدراسة » · (ادارية عليا في ١٩٧٢/١٢/٢ ، ذات المجموعة ، ص ٢٠١) ·

ـ ومن حق الادارة ، والطالبة المتعهدة بالتدريس ، أن يعتبرا زواج الطالبة أثناء مرحلة الدراسة ، عذرا شرعيا يحول بينها وبين اتمام الاتفــاق ، يسقط عنها الالتزام بالدفع « وهذا التفسير الذى اعتنقه الطرفان ، لايخــرج عن كونه كشفا عن النية المشتركة التى التقى عندها الطرفان ، بحيث يعتبر العقــد مفسرا على هذا الوجه الذى تحتمله شروطه مكمله بقــواعد العرف والعدالة ، ملزما لهما معا فلا يجوز لأحدهما ، بارادته المنفــردة ، أن يخرج عنه ، أو أن يعدل عنه الى تفسير آخر مخالف له ·(ادارية عليا فى ١٩٦٨/٢/٢٤، ذات المجموعة ص ٢٠٤) ·

تلك هى أشهر العقود والاتفاقات التى تبرمها الادارة · ولكنها ليست كل العقود الادارية ، ذلك أن أشخاص القانون العام قد تلجأ الى ابرام عقود أخــرى متنوعة ، ولو على خلاف المألوف ، وهى التى يسمها الفقهاء « العقود الادارية غير المسماة »«Les contrats administratifs innommés» ومن أوضح الأمثلة على ذلك ، أن تتفق احدى كليات الطب ، مع احدى المستشفيات الخاصة ، على أن تضع الأخيرة ، بعض عنابرها ، بما فيها من مرضى ، تحت تصرف كلية الطب ، لأغراض تدريسية وتدريبية لطلبتها · والقــاعدة هى شرعية هذه الاتفاقات ما دامت تستلزمها المصلحة العامة ، ويستوجبها حسن سير المرافــق العامة بانتظــام واطراد · ويلجأ فى التعرف على طبيعتها الخاصة ، الى المعيار العام الذى أوردناه فيما سبق ·

الباب الرابع

قواعد الاختصاص فى مجال العقود الادارية

١ ـ رأينا فيما سبق ، أن الارتباط وثيق بين فكرة العقد الادارى ، وبين قواعد الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة : فحيثما كان الاختصاص للمحاكم القضائية ، طبقت قواعد القانون الخاص ، وطرحت فكرة العقود الادارية ، والعكس ٠ ولقد رأينا فيما سبق أيضا أن فكرة العقود الادارية بتحديد القانون قد بنيت على هذا الأساس ٠

ومن ثم فانه من الأهمية بمكان ، أن نرسم من الآن ، الخطوط العامة فى تحديد قواعد الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ٠

٢ ـ وتقتضى المهمة السابقة أن ندرس الموضوع على النحو التالى :

أولا : رسم حدود الاختصاص بين المحاكم القضائية والمحاكم الادارية فى هذا المجال ٠

ثانيا : تحديد طبيعة اختصاص القضاء الادارى في مجال المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ٠

الفصل الأول

مدى اختصاص كل من جهتي القضاء في مجال عقود الادارة

١ ــ ذكرنا فيما سبق أن عقــود الادارة لا تخضع كلها لنظــام قانوني واحد ، وبالتالى فان المنازعات المتعلقة بتلك العقود لا تدخل فى اختصاص جهة قضائية واحــدة ، على الأقل فى الدول الآخــذة بنظام القضــاء الادارى · ولما كان نظام القضاء الادارى فى الوقت الحاضر يقوم على أساس التخصص ، فان المسلم به أن فكرة القانون واجب التطبيــق هى الفيصل فى تحــديد الاختصاص · بمعنى أن الفصل فى المنازعات المتعلقة بعقود الادارة الخاصة يكون لجهة القضاء العادى ، بينما يكون الاختصاص للقضاء الادارى فى حالة العقــود الادارية · والعقود الادارية فى فرنسا تنتمى كما رأينا الى فئتين : فئة نص المشرع صراحة على اختصاص احــدى الجهتين بالفصــل فى المنازعات المتعلقة بها ، وهى العقود الادارية (أو الخاصة) بتحديد القانون «par determination de la loi» .

وقد رأينا أنه لا مقابل لهــذه الحالة فى مصر · وحسنا يفعــل المشرع المصرى ، اذ جنبنا كثيرا من الاشكالات الموجــودة فى فرنسا فى الوقت الحاضر ، فى الحالات التى لا تتفق فيها قواعد الاختصاص مع طبيعة العقــد الذاتية ، مما حدا بمجلس الدولة الفــرنسى الى الخروج على نصوص القــوانين ــ صراحة أو تحت ستار التفسير ــ لكى يصل الى تحقيق الوضع القانونى السليم ·

والفئة الثانية هى فئة العقــود الادارية بطبيعتها ، وهى تلك التى تتوافر فيها العناصر الثلاثة التى شرحناها فيما سلف ·

ومن ثم فــان المحــاكم الادارية فى مصر ، لا تختص بالفصــل الا فى المنازعات المتعلقة بعقد ادارى بطبيعته · وكذلك الشأن فيما يتعلق بالمحاكم القضائية ، فهى لا تفصل الا فى المنازعات المتعلقــة

بعقد من عقود القانون الخاص بطبيعته ، وان كان المشرع حرا فى أن يخرج على هذه القاعدة بالنسبة الى عقد بعينه تحيط به اعتبارات خاصة ، ويدرجه المشرع لهذا السبب فى اختصاص احدى الجهتين ٠ واذا كان دستور سنة ١٩٧١ قد نص فى المادة ١٧٢ منه على أن « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل فى المنازعات الادارية ، وفى الدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى » ، فجعل بذلك مجلس الدولة صاحب الاختصاص العام فى المنازعات الادارية ، فان المحكمة العليا الدستورية قد فسرت هذا النص — وبحق — على أنه لا يغل يد المشرع فى الخروج على هذا الأصل لاعتبارات خاصة تقوم لديه ٠ فهى فى حكمها الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ (فى القضية رقم ٥ لسنة ٣ قضائية) تقرر — بعد أن استعرضت الأعمال التحضيرية لدستور سنة ١٩٧١ — أنه اذا كانت المادة ١٧٢ من الدستور تفيد تقرير الولاية العامة لمجلس الدولة على المناعازت الادارية بحيث يكون قاضى القانون العام بالنسبة الى هذه الدعاوى « ٠٠٠ فلم يعد اختصاصه مقيدا بمسائل محدودة على سبيل الحصر كما كان منذ انشائه ٠ وهذا لا يعنى غل يد المشرع عن اسناد الفصل فى بعض المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية الى جهات قضائية أخرى على أن يكون ذلك على سبيل الاستثناء من الأصل العام المقرر بالمادة ١٧٢ من الدستور وبالقدر وفى الحدود التى يقتضيها الصالح العام ٠ وعلى هذا النحو يعمل المشرع التفويض المخول له بالمادة ١٦٧ من الدستور فى شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها مع مراعاة الأصل العام المقرر فى المادة ١٧٢ من الدستور فى شأن اختصاص مجلس الدولة بالفصل فى المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية باعتباره صاحب الولاية العامة على هذه الدعاوى وتلك المنازعات » ٠

٢ — واختصاص كل من الجهتين — فى الأمور التى يتناولها اختصاصها — عام وشامل ، يتناول أصل النزاع وكل ما يتفرع عنه

كما سنرى فيما بعد ٠ ومع ذلك فيجب أن يشار فى هـذا الصدد الى استثنائين هامين هما :

أولا ـ فكرة المسائل الاولية : «La théories des questions préjudicielles» التى يتعين الفصل فيها قبل الفصل فى الموضوع : فاذا ما أثير أمام احدى الجهتين ـ القضائية أو الادارية ـ عند التصـدى للفصل فى نزاع يدخل أصـلا فى اختصـاصها ، نزاع يتعلق بمسألة أولية ، لا يمكن القضاء فى موضوع النزاع الا بعد حسمها ، فانه يجب على هذه الجهة أن توقف الفصل فى الموضوع ، وأن تحيل الى الجهة الأخرى للحصول على حكم فى المسـألة الأولية ٠ ومثـال ذلك أن يثار أمام المحاكم القضائية نزاع يتعلق بمدى صحة عقد ادارى ، أو بتفسير نص من نصوصه أو بمجال تطبيقه ٠٠٠ الخ ٠ فاذا ما قدرت المحكمة القضـائية أن النزاع المثار له علاقة وثيقة بموضـوع الدعـوى ، اعتبرت تصفيته مسألة أولية وأحالت فى شـأنها الى جهة القضـاء الادارى المختصة[1] ٠

ومثال ذلك أيضا من الجهة الأخرى ، أن يثار أمام المحاكم الادارية ـ عند التصدى لموضوع يتعلق بعقد ادارى ـ نزاع ينصب على عقد من عقود القانون الخاص ، أو يتصل بموضوع مما يدخل فى اختصاص المحاكم القضائية ، كالفصل فى ملكية أو تفسير عقد من عقود القانون

---

(١) راجع حكم التنازع الصادر فى ٢٤ يونية سنة ١٩٥٤ فى قضية «Sirey» المجموعة ص ٧١٤ ٠ وقد جاء فيه :

«Par application de l'article 635 du code du commerce, l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur l'admission au passif d'une faillite ou d'une liquidation judiciaire d'une créance de l'Etat et sur le caractère privilégié ou chirographaire de cette créance, alors meme que celle-ci aurait son origine dans un contrat administratif, sous la reserve, en pareille hypothèse, qu'en cas de contestation sur l'existencé ou lé montant de la créance la question préjudicilelle ainsi soulevée devrait être revoyée à l'examen de la juridiction administrative».

وراجع حكم المجلس الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩٢٠ فى قضية «Ville de Rennes» المجمـوعة ص ٧٩٩ وفى ٧ مايو سنة ١٩٥٤ فى قضـية «Min Fin» منشور فى (Actual jur. 1954 11. p. 293).

الخاص ٠٠ الخ ٠وهنا أيضا يجرى القضاء الادارى على الاحالة الى الجهة القضائية المختصة قبل الفصل فى الموضوع[١] ٠

ولا شك أن هذه الفكرة تتصل بالأسس العامة التى تحكم نظام المحاكم الادارية ، ونعنى بها فكرة التخصص ، لأن كل جهة أقدر على الحكم فى الأمور التى تدخل أصلا فى اختصاصها ٠ واليها أشارت المادتان ١٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فى شأن السلطة القضائية والمادة ١٢٩ من قانون المرافعات الجديد على النحو التالى :

المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية : « اذا دفعت قضية مرفوعة أمام المحاكم بدفع يثير نزاعا يختص بالفصل فيه جهة قضاء أخرى ، وجب على المحكمة اذا رأت ضرورة الفصل فى الدفع قبل الحكم فى موضوع الدعوى أن توقفها وتحدد للخصم الموجه اليه الدفع ميعادا يستصدر فيه حكما نهائيا من الجهة المختصة ٠ فان لم تر لزوما لذلك أغفلت الدفع وحكمت فى موضوع الدعوى ٠

واذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع فى المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها » ٠

المادة ١٢٩ من قانون المرافعات (رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) : « فى غير الأحوال التى نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوبا أو جوازا يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها فى موضوعها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم ٠

وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصوم تعجيل الدعوى » ٠

---

(١) جاء فى تقرير المفوض «Guionin» الذى قدمه فى قضية «Cons. Nougaret» والتى صدر فيها حكم المجلس فى ٢٥ يناير سنة ١٩٥٢ (المجموعة ص) قوله :

«Le contrat d'abonnement n'est pas clair lui meme. pour déterminer à qui il attribue la propriété des éléments litigieux, il faudrait le confronter avec le devis préalable, bref se livrer à une véritable et delicate interprétation de ce contrat. Or pareille tâche excède votre ocmpétence. Le ontrat d'abonnement ... a beau avoir été passé par l'administration de l'Algérie, il ne çontient aucune clause extraodinaire, aucune stipulation exorbitante de droit commun. C'est donc à l'antorité judiciare qu'il appartient selon une jurisprudence constante, d'en donner l'interprétation sur un point deuteux».

والمبادىء السابقة تقيد المحاكم القضائية بطبيعة الحال ، وتقيد القضاء الادارى أيضاء حتى يصدر قانون الاجراءات الادارية الجديد ، وهى كما رأينا ، مجرد تطبيق للقواعد العامة فى ممارسة الاختصاص ٠

ثانيا ـ فكرة القرارات الادارية المنفصلة :

«La théorie des actes detachables»

سوف نرى أن عقود الادارة ، سواء أكانت من عقود القانون العام أو الخاص تبرم ـ فى الغالب ـ بطريقة خاصة تقتضى فى كثير من مراحلها المختلفة صدور قرارات ادارية هى التى يطلق عليها القرارات الادارية المنفصلة ٠ وهذه القرارات الادارية المنفصلة ، سواء أسهمت فى تكوين عقد خاص من عقود الادارة أو عقد ادارى ، فان الطعن فيها يكون أمام القضاء الادارى بطبيعة الحال ، باعتباره جهة الاختصاص العام فى قضاء الالغاء ٠

٣ ـ والمسلم به من ناحية أخرى ، أن كل جهة من جهتى القضاء مستقلة فى تقديرها عن الجهة الأخرى ، بمعنى أنه اذا رأت جهة القضاء الادارى أن عقدا من العقود ذا طبيعة ادارية ، فان هذا النظر لا يلزم جهة القضاء العادى اذا ما عرض عليها الأمر ٠ ونظرا لما يترتب على هذا الخلاف من نتائج بالغة الخطورة ، فان المشرع ـ فى البلاد التى تأخذ بنظام ازدواج القضاء ـ ينشىء محكمة لتنازع الاختصاص ، للتحكيم بين الجهتين[1] ، بحيث تلتزم كل من المحاكم القضائية والمحاكم الآدارية بأحكام محكمة التنازع التى تصدر فى حالات تنازع الاختصاص الايجابية أو السلبية ٠ ولقد تطور تشكيل هذه المحكمة فى مصر : فقد كانت تتولاها محكمة النقض ، ثم شكلت بطريقة مختلطة بمقتضى قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ٠ وأخيرا عهد بها المشرع الى المحكمة العليا (الدستورية)

---

(١) تراجع التفاصيل فى مؤلفنا (القضاء الادارى) فى أى طبعة من طبعاته المتعددة ٠

بمقتضى قانون انشائها رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، والذى حل محله القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ باصدار قانون المحكمة الدستورية العليا (الصادر فى ٦ سبتمبر) . ولقد سبق أن أشرنا الى حكم للمحكمة العليا صادر فى هذا الشأن ، حيث اختلفت جهتا القضاء العادى والادارى فى تكييف أحد العقود .

٤ ـ والمسلم به أن قواعد الاختصاص التى أشرنا اليها هى قواعد آمرة : «caractère impératif des règles de compétence» فالمشرع هو الذى يحددها ، كما أنها تتعلق بالنظام العام . ويترتب على ذلك نتائج خطيرة أهمها :

أولا : أن الادارة لا تستطيع أن تعدل فى قواعد الاختصاص عن طريق القرارات الادارية ، بل يتعين أن يتم ذلك بقانون ، وكل تعديل بأداة أقل منه ، يصبح غير مشروع . بهذا يجرى قضاء مجلس الدولة الفرنسى باستمرار . ومن ذلك على سبيل المثال حكمة الصادر فى ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية[1] «Syndicat intercommunal de Plombiéres-les-Dijon» حيث يقول :

« ... Une telle modification des règles de compétence ne pouvait être légalement opérée par voie de règlement; par suit, et en l'absence de toute disposition législative autorisant une dérogation, il appartient ... au Conseil d'Etat de se prononcer sur le fond du litige dans la plénitude de leur juridiction».

ثانيا : لما كانت قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام ، فانه لا يجوز للادارة أن تتفق على خلافها مع المتعاقد الآخر . ولكن يجب أن يميز فى هذا الخصوص بين قواعد الاختصاص النوعى ، الضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتى القضاء العادى والادارى ، أو فى نطاق احدى الجهتين[2] وفى هذه الحالة يكون الاتفاق باطلا . ومن ثم فقد رأينا ، مدى أثر شرط الاختصاص على طبيعة العقد .

(١) المجموعة ص ٤٠٢ .

(٢) «Les règles d'attribution de compétence aux diverses catégories de tribunaux».

أما بالنسبة لقواعد الاختصاص المكانية «Les rèles de competence territoriale» فان مجلس الدولة الفرنسى يتساهل فى الاتفاق على عكسها . وقد أقر المشرع الفرنسى هذا القضاء سنة ١٩٥٣[1] .

ثالثا : ومما يتصل بهذا الموضوع أيضا مدى شرعية « شرط التحكيم » «La clause compromissoire» والاتفاق على التحكيم «compromis d'arbitrage» : والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى هو بطلان الشرط أو الاتفاق الا اذا أجازه المشرع صراحة[2] .

ولكن يجب أن يلاحظ فى هذا الخصوص ما يلى :

١ — هناك فرق بين شرط (أو اتفاق) التحكيم الذى هو ممنوع كقاعدة عامة ، وبين حق الادارة فى التصالح «de transiger» وهو ليس ممنوعا . وقد أقرت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ . ومن أحكامها فى هذا الصدد حكمها الصادر فى ١٠/٢/١٩٦٨ (مجموعة المبادىء ، ص ١٨٦٧) وفيه تؤكد أن الصلح لا يجوز فى حقوق الادارة ، « الا اذا كانت هذه الحقوق محسوبة بصفة نهائية ، وليست محلا للنزاع ، فعندئذ لا يجوز التنازل عنها الا طبقا لأحكام القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ فى شأن قواعد التصرف بالمجان فى العقارات المملوكة للدولة ، والنزول عن أموالها المنقولة . أما اذا كان الحق ذاته محلا للنزاع وخشيت الجهة الادارية أن تخسر الدعوى ، فلا تثريب عليها اذا ما لجأت الى فض هذا النزاع عن طريق الصلح » كما أن المحكمة تطبق حكم المادتين ٥٤٩ و ٥٥٢ فى خصوص مقومات عقد الصلح ، وتؤكد أن النص على أنه لا يثبت الصلح الا كتابة أو بمحضر رسمى وفقا للمادة ٥٥٢ ، انما قصد به مجرد الاثبات لا انعقاد الصلح فى ذاته (حكمها فى ١٠/٢/١٩٦٨ ، المجموعة ص ١٨٢١) وتقرر أن عبارات الصلح يجب أن تفسر تفسيرا ضيقا

---

(١) دكريتو ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٧ فى قضية «Debachy» المجموعة ص ٩٣ ، وفى ١٧ يوليو سنة ١٩٤٦ فى قضية «Min des T.P.» وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٨ فى قضية «Hospices de Montpellier» .

(حكمها فى ١٩٦٩/٥/١٧ ، المجموعة ، ص ١٨٢٢) وأن النزاع اذا ما انحسم صلحا ، جاز لكل من المتصالحين أن يلزم الآخرين به ، ولا يجوز لأحدهم أن يمضى فى دعواه أو يثير النزاع أمام القضاء متجاهلا هذا الصلح ، والاجاز للمتصالح الآخر أن يطلب فسخ الصلح دون اخلال بحقه فى التعويض (حكمها فى ١٩٦٨/٢/١٠ ، المجموعة ، ص ١٨٢٢)

٢ ـ وثمة فارق أيضا بين التحكيم بآثاره القانونية المعروفة وبين اتفاق الادارة مع المتعاقد معها على احالة موضوع خلافى الى أهل الخبرة «l'avis d'un expert» ولكن المسلم به فى هذه الحالة أن رأى الخبير ليس له أثر القرار الصادر فى التحكيم[1] .

هذا ويجرى المشرع فى مصر على جواز فض المنازعات بين الدولة والغير عن طريق التحكيم (راجع عى سبيل المثال فتوى قسم الرأى رقم ٥٦ فى ١٩٥٤/٢/١٠ ، مجموعة أبو شادى ، ص ١٨٨) .

كما أن المشرع نفسه لا يحبذ التقاضى باجراءاته الطويلة المعقدة ، وبما يكلفه من مشقة واضاعة للأموال ، على الأقل فى المنازعات بين الجهات الحكومية ، وبالنسبة للقطاع العام ، ولهذا نظم التحكيم فى المنازعات بين الوحدات الاقتصادية التابعة للقطاع العام فى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ ، كما أنه أخرج المنازعات بين الجهات الحكومية من الاختصاص القضائى لمجلس الدولة ، وعهد بها الى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، وجعل رأيها ملزما على النحو الذى نظمته المادة ٦٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث تقرر :

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٨٩٣ فى قضية «Cie du Nord» المجموعة ص ٢٤٥ وفى ٨ أبريل سنة ١٩٢١ فى قضية «Cie de N'Goke» المجموعة ص ٣٥١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Bergerac» مجموعة سيرى سنة ١٩٣٦ القسم الثالث ص ٦٥ مع تعليق اليبير ، وفى ٢ يوليو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Société Leprieur» المجموعة ص ١٧١ .

«تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بابداء الرأى مسببا فى المسائل والموضوعات الآتية : ...

(د) المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض .

ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزما للجانبين ... » وعلى هذا الأساس فان أى نزاع بين شخصين من أشخاص القانون العام ، أيا كان موضوعه ، لا يطرح على القضاء ، بل تفصل فيه الجمعية العمومية المشار اليها . ويندرج فى ذلك بطبيعة الحال المنازعات المتعلقة بعقود الادارة ، سواء كانت عقودا اداريا أو من عقود الادارة التى لاتخضع للقانون العام . ولكن من المسلمات أيضا أن الجمعية العمومية ، وهى مكونة أساسا من مستشارى مجلس الدولة ، سوف تفصل فى هذه المنازعات مستهدية بقواعد القانون العام . ومن ثم فان نظرية العقد الادارى لن تفقد قيمتها حتى فى هذا المجال .

الفصل الثانى

طبيعة اختصاص القضاء الادارى فى مجال المنازعات الادارية

من المعروف أن اختصاص القضاء الادارى يمكن رده بصفة عامة الى نوعين رئيسيين هما[1] :

١ ـ القضاء الكامل «Le contentieux de pleine juridication» أو قضاء التعويض ٠

٢ ـ قضاء الالغاء «Le contentieux de l'annulation» .

والمعروف أن سلطة قاضى الالغاء تقف عند الحكم بالغاء قرار معيب ، دون أن يوجه القاضى الى الادارة أوامر محددة بعمل أو امتناع ٠ أما القضاء الكامل فيخول القاضى تصفية النزاع كلية ، فيلغى القرارات المخالفة للقانون ان وجدت، ثم يرتب على ذلك نتائجه كاملة من الناحية الايجابية أو السلبية ٠ ومن هنا استمد هذا القضاء تسميته ٠ والمسلم به أن قضاء العقود الادارية ينتمى أساسا الى القضاء الكامل ، ولكنه يثير بعض النواحى التى تتعلق بقضاء الالغاء على النحو التالى :

الفرع الأول

القضاء الكامل

١ ـ وهذا هو القضاء الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التى تترتب على العقود الادارية ٠ وقد ورد اختصاص القضاء الادارى المصرى

---

(١) يراجع فى التفصيل مؤلفنا (القضاء الادارى) فى أى من طبعاته المتعددة لاسيما الطبعة المطولة ٠ وراجع الباب السادس من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ (باصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام) والذى نظم التحكيم فى المنازعات التى تقع بين شركات القطاع العام وبينها وبين الحكومة بالمعنى الواسع فى المواد من ٦٠ الى ٧٢ منه ٠

بل ان المشرع فى ذات القانون قد أباح التحكيم بين شركات القطاع العام وبين غير الجهات الحكومية اذا قبله الأطراف بعد وقوع النزاع ٠

وراجع القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ فى شأن هيئات القطاع العام وشركاته ٠

فى هذا الصدد مطلقا ، فلم تقيده المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بأى قيد اذ تقول : « تختص محاكم مجلس الدولة — دون غيرها — بالفصل فى المسائل الآتية : ... حادى عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد ادارى آخر » . ولقد استعرضنا فيما سبق تطور صياغة هذه المادة ، وهى متشابهة منذ سنة ١٩٥٥ . وقد جرت محكمة القضاء الادارى على تفسير هذا النص تفسيرا واسعا . ومن أوضح أحكامها فى هذا الخصوص ، وأكثرها تفصيلا ، حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦[1] والذى استعرضت فيه تطور اختصاص مجلس الدولة المصرى فى مجال العقود الادارية ، ثم شرحت اختصاصه فى ظل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بقولها : « وبهذا النص (المادة العاشرة من القانون المشار اليه) لم يعد اختصاص محكمة القضاء الادارى مقصورا على صحة أو بطلان القرارات الادارية التى تصدر فى شأن هذه العملية المركبة ، بل امتد الاختصاص لكل ما يتعلق بالعملية (عملية التعاقد) ابتداء من أول اجراء فى تكوينها الى آخر نتيجة فى تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التى نشأت عنها . وأصبح اختصاص محكمة القضاء الادارى بنظر المنازعات الخاصة بجميع العقود الادارية اختصاصا مطلقا وشاملا لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن تلك العقود من اجراءات أو قرارات وذلك باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية فى حدود اختصاصها الكامل بالنسبة الى هذه المنازعات طالما لم يسقط أصل الحق بمضى المدة ، ذلك لأن واضع التشريع أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الادارى ولاية القضاء الكامل فى عناصرها العملية بأسرها ، يستوى فى ذلك ما يتخذ صور قرار ادارى وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت فيه حقيقة التعاقد الادارى . وعلى هذا النحو يكون لمحكمة القضاء الادارى فى هذه المنازعات أن تفصل فى القرارات الادارية التى

---

(١) القضية رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ قضائية ، السيد/السيد أحمد فرج ابراهيم ضد وزارة الصحة ومدير مستشفى الأمراض العقلية .

تتصل بعملية ابرام العقد بمقتضى ولايتها الكاملة دون حاجة الى أن تقتصر فى شأنها على الالغاء ، ويكون لها تفريعا على ذلك أن تراقب مطابقة القرار للقانون وأن تجاوز هذا الحد الى رقابة الواقع ٠

« ومن حيث انه على مقتضى ما تقدم ، فانه متى توافرت فى المنازعة حقيقة العقد الادارى ، سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه ، فانها كلها تدخل فى نطاق ولاية القضاء الكامل ، دون ولاية الالغاء ٠٠٠ »[١] ٠

٢ - وتتخذ الدعوى فى هذه الحالات التى أشار اليها الحكم صورا شتى :

(أ) **فقد تستهدف الدعوى بطلان العقد** «action en nullité» وذلك لعيب فى تكوينه ٠ ففى هذه الحالة - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى وهو ما يتعين الأخذ به فى مصر - ليس للمتعاقد الذى يريد أن يتوصل الى الغاء العقد الا سبيل القضاء الكامل ، لأن القاعدة المسلم بها ، والتى سوف نشرحها فيما بعد ، تقوم على أن دعوى الالغاء لا توجه الى العقود الادارية ٠ وهذه الدعوى لا يمكن لغير المتعاقد أن يرفعها بطبيعة الحال ، لأن الأجنبى عن العقد - كما تقول محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦[٢] - « ٠٠٠ لا يجوز له الا ان يطعن بالالغاء لأنه أجنبى ليس للعقد فى مواجهته أية قوة فى الالزام » ٠

(ب) **وقد تستهدف الدعوى الحصول على مبالغ مالية** «reclamations pecuniaires» وذلك اما فى صورة ثمن أو أجر متفق عليه فى العقد ، أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد أو لأى سبب آخر

---

(١) وراجع حكمها الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٢٢) وقد جاء فيه أيضا : « فاذا كانت محكمة القضاء الادارى هى المختصة دون غيرها ابالنظر فى المنازعات الناشئة عن عقد الاستثمار وهو عقد ادارى ٠٠٠ كانت المحكمة مختصة بما تفرع عن هذا العقد كالكفالة فى المنازعة المطروحة » ٠

(٢) سبقت الاشارة اليه ٠

من الأسباب التى سنعرض لها تفصيلا فيما بعد ، والتى تؤدى الى الحكم بمبلغ من المال ٠

(جـ)دعوى ابطال بعض التصرفات الصادرة من الادارة على خلاف التزاماتها التعاقدية : «action en annulation» فاذا صدر من الادارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية ، فان للمتعاقد الآخر أن يحصل على حكم بابطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل ، لأنه لا يستطيع ـ كما ذكرنا ـ أن يلجأ الى قضاء الالغاء[1] ٠ وتحتفظ دعواه فى هذه الحالة بصفتها تلك ـ من حيث انها تنتمى الى القضاء الكامل ـ حتى ولو اقتصرت على طلب الغاء قرار ادارى أصدرته الادارة بصفتها متعاقدة ٠ ولهذا أثره الخطير فيما يتعلق باجراءات التقاضى ومدده لاختلاف كل من قضائى الالغاء والتعويض عن الآخر فى ذلك الخصوص ٠ وهذا ما فصلته محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « ٠٠٠ أما ما يصدر من القرارات تنفيذا للعقد ، كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو انهائه أو الغائه فهذه كلها تدخل فى منطقة العقد وتنشأ عنه ، فهى منازعات حقوقية ، وتكون محلا للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل ، فيفصل فيها على نحو لا يختلف عن ولاية القضاء المدنى العادى عندما كان يفصل ـ فى حدود أختصاصه ـ فى منازعات العقود التى تبرمها الحكومة مع الأفراد باعتبارها من أعمال الادارة الصرف وتخضع فيها لسلطة المحاكم العادية أسوة بالارتباطات القانونية بين الأفراد وبعضهم » ٠ وبتطبيق المبدأ السابق على موضوع المنازعة ، وهو يتعلق بقرار صادر بفسخ عقد توريد ومصادرة التأمين الذى دفعه المتعهد ، قالت : « كما أن القرار الصادر بفسخ العقد ومصادرة التأمين ٠٠٠ هذا القرار صادر تنفيذا للعقد واستنادا الى نصوصه ، فهو كما سبق البيان من القرارات التى لاتدخل فى نطاق قضاء الالغاء ، بل فى نطاق ولاية القضاء الكامل ٠٠٠ » وفى حكم آخر صادر فى ٢٧ يناير سنة

---

(١) باعتباره متعادا بطبيعة الحال وكما سنرى فيما بعد ٠

١٩٥٧[١] تقول فى موضوع مماثل : « ومن حيث انه يبين من مساق الوقائع ٠٠٠ أن الحكومة استندت فى الغاء العقد المبرم بينها وبين المدعى الى المادة ٦١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣، الخاص بالمناجم والمحاجر والى البند الثالث عشر من العقد نفسه ، فاذا كان الالغاء مستندا الى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه ، كان القرار الصادر بالالغاء قرارا اداريا ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الادارى بدعوى الالغاء ويدخل فى نطاقها ، ويرد عليه وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الادارية ٠ أما اذا كان الغاء العقد مستندا الى نصوص العقد نفسه وتنفيذا له ، فان المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الادارى على أساس استعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء[٢] ٠٠٠ » ٠

ويترتب على هذا التكييف كما ذكرنا ، ألا تتقيد دعوى الابطال هذه بمدد دعوى الالغاء ٠ وهذا ما قطعت فيه المحكمة صراحة فى حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية[٣]) بخصوص طلب ابطال القرارات الصادرة من الادارة بالاستيلاء على الأدوات والمهمات المملوكة للمقاول والموجودة فى مكان العمل ، حيث تقول : « ٠٠٠ هذا القرار صدر تنفيذا للعقد واستنادا الى نصوصه ، فهو كما سبق البيان من القرارات التى لا تدخل المنازعة فى شأنه فى نطاق قضاء الالغاء ، بل فى نطاق القضاء الكامل ٠ ومن ثم كان الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد فى غير محله

---

(١) القضية رقم ١٩٨ لسنة ١١ قضائية ، الشيخ حامد ابراهيم الشيخ ضد وزارة الصناعة ومدير مصلحة المناجم ووزارة المالية ٠

(٢) وراجع حكمها الصادر فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ٣٦) حيث تؤكد أن القرار الذى تصدره جهة الادارة استنادا الى نصوص العقد الادارى بسحب العمل من المتعاقد معها لا يعتبر قرارا اداريا عاديا بل هو اجراء تعاقدى ٠ ومن ثم فلا يخضع للأحكام العامة الخاصة بالغاء القرارات الادارية قضائيا ، وبطلب وقف تنفيذها ، بل يدخل فى ولاية القضاء الكامل لمحكمة القضاء الادارى ٠

(٣) السيد/ فتحى عباس الغبارى ضد وزارة الشئون البلدية والقروية

٠٠٠ » كما أنها فى حكمها الصادر فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٩ (س ١٤ ص ٦) تؤكد وجوب التفرقة بين طلب وقف التنفيذ المتعلق بقرار ادارى فى قضاء الالغاء ، وطلب وقف التنفيذ المتفرع عن منازعة تتعلق بعقد ادارى ٠ ففى الحالة الأولى يرتبط وقف التنفيذ بطلب الالغاء ، ويتقيد بالمدة المقررة لوقف التنفيذ ٠ أما فى الحالة الثانية فان « ٠٠٠ الطلب المستعجل فى نطاق القضاء الكامل يتحرر من القيد ، ويستقل بجانبه الزمنى طالما تكاملت أسبابه » ٠

(د) وأخيرا فقد تستهدف الدعوى فسخ العقد «action en resiliation» ذلك أن المتعاقد له أن يطالب بفسخ عقده فى حدود معينة سنعرض لها تفصيلا فى حينها ، ودعواه فى هذا الصدد تندرج فى نطاق القضاء الكامل أيضا ٠

٣ - ولا يقتصر اختصاص محكمة القضاء الادارى على المنازعات المتعلقة مباشرة بالعقد ، سواء فى تكوينه أو تنفيذه أو انهائه ، بل يمتد اختصاصها الى كل ما يتفرع عن ذلك ٠ وعلى هذا الأساس قضت المحكمة باختصاصها :

(أ) بالنظر فى جميع الطلبات المستعجلة المتعلقة بالعقود الادارية ٠ وقد بررت اختصاصها على النحو التالى : « ومن حيث ان المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ وقد جعلت اختصاص محكمة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات الخاصة بالعقود الادارية اختصاصا مطلقا شاملا لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، أصبحت هى وحدها قاضى العقد ، ولم تعد هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل فى شىء من هذه المنازعات على الوجه السابق بيانه ، فان هذا التنظيم القضائى يجعل اختصاص محكمة القضاء الادارى بالفصل فى الطلبات المستعجلة متفرعا من اختصاصها بنظر الموضوع الأصلى ٠ وما دامت مختصة بنظر الأصل ، فهى مختصة بنظر الفرع أى فى الطلب المستعجل دون أن يحتج أمامها بأن الفصل فيه يمس أصل الحق أو موضوع النزاع ، لأنها وحدها مختصة

بالفصل في هذا الموضوع • ومما هو جدير بالذكر في هذا الصدد أن الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ من قانون المرافعات التى نظمت اختصاص القضاء المستعجل فى المحاكم العادية نصت فى فقرتها الأخيرة على اختصاص محكمة الموضوع أيضا بالفصل فى الطلبات المستعجلة اذا رفعت اليها بطريق التبعية • فاذا كان هذا هو الشأن فى المحاكم العادية ، فانه أولى بالاتباع فى نظام القضاء الادارى ، تأسيسا على قاعدة أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع • وغاية الأمر أن المحكمة تفصل فى الطلب المستعجل فى الحدود والضوابط المقررة للفصل فى الطلبات المستعجلة ، فتنظر أولا فى توافر الاستعجال على حسب الحالة المعروضة والحق المطلوب المحافظة عليه ، ثم تستظهر جدية الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة اليها فى ظاهرها فتحكم على مقتضى هذا النظر حكمها المؤقت فى الوجه المسعجل للنزاع باتخاذ الاجراء المطلوب أو رفضه دون المساس بالناحية الموضوعية للنزاع ، وهو الذى تفصل فيه المحكمة بعد ذلك فصلا نهائيا على مقتضى ما تتبينه من دلائل موضوعية يقدمها كل من طرفى الخصومة »[1] •

ومن ثم فان المحكمة مختصة بالفصل — بصفة مستعجلة — فى وقف تنفيذ القرار الصادر بفسخ عقد توريد ، وهو الموضوع الذى صدر بخصوصه الحكم السابق •

كما تختص بالحكم بتعيين حارس اذا اقتضى الأمر ذلك ، لأن « •• المنازعة الادارية المطروحة عليها فى شأن اقامة حارس لبيع السيارات التى استولت عليها البلدية لسحب الالتزام من المدعى عليه ••• تتصل بالحقوق التى يدعيها كل من مانح الالتزام والملتزم على هذه السيارات باعتبارها من أدوات المرفق موضوع عقد الالتزام •• »[2]

كما تختص بالفصل فى طلب وقف تنفيذ القرار الصادر باستيلاء الحكومة على الأدوات والمهمات المملوكة للمتعاقد والموجودة

---

(١) حكم المجلس فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ وقد سبقت الاشارة اليه •
(٢) حكم المجلس فى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٦ ، السنة العاشرة ، ص ١٦٣ •

فى محل العمل ، لأن المنازعة « ... تتعلق بعقد أشغال عامة وهو من العقود الادارية التى تختص بها هذه المحكمة[1] ... » .

(ب) كذلك قضت المحكمة باختصاصها بالفصل فى طلب التعويض عن حجز الملتزم لبعض العربات التى قضت هيئة التحكيم بأنها ملك للبلدية بقولها : « ومن حيث أن اختصاص محكمة القضاء الادارى بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود كما أوردته المادة العاشرة ... هو اختصاص مطلق شامل لأصل تلك المنازعات ولجميع ما يتفرع عنها (الى آخر الصيغة التفصيلية التى سبق ذكرها فى أكثر من حكم) ... ومن حيث ان دعوى البلدية تقوم على المطالبة بتعويض عما لحقها من خسارة بسبب عدم انتفاعها بالسيارات المحكوم بملكيتها لها بناء على التزام النقل بالسيارات وبقائها تحت يد الشركة المدعى عليها بسوء نية تنتفع هى بها ، ولم تقم بتسليمها تنفيذا للحكم الصادر من هيئة التحكيم بأيلولة ملكية هذه السيارات للحكومة وتسليمها لها تنفيذا لشروط عقد الالتزام .

ومن حيث أن المنازعة على هذا الوجه انما تستند الى عقد الالتزام الذى يوجب تسليم السيارات عقب انتهاء مدة الالتزام ، وهى مرحلة من مراحل تصفية العلاقات والحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ومرتبطة به ارتباطاً وثيقا ... » (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٦ القضية رقم ٤٢٧٩ لسنة ٩ قضائية[2]) كما قضت فى حكمها الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٠ (سبق) بأن اختصاصها بالمنازعات المتعلقة بعقد الاستثمار ، وهو عقد ادارى ، يمتد الى الكفالة فى المنازعة المطروحة .

(جـ) وأخيرا فقد جاء فى حكم المجلس الصادر فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٦ ، أن مقتضى كون اختصاص محكمة القضاء الادارى فى مجال العقود الادارية ، مطلقا ، شاملا لأصل النزاع وما يتفرع عنه

(١) حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ وقد سبقت الاشارة اليه .
(٢) بلدية القاهرة ضد شركة أتوبيس اخوان مقار .

« ... أن يكون للمحكمة ولاية القضاء كاملة ، حتى يتسنى لها أداء رسالتها ومباشرة اختصاصها ، فلها تطبيق الأحكام الواردة فى الباب الحادى عشر من الكتاب الأول من قانون المرافعات **والمتعلقة بالأوامر التى تصدر على عريضة أحد الخصوم** . وقانون مجلس الدولة — على التفصيل السابق — يسمح من حيث المبدأ بتطبيق هذه الأحكام كاجراء من الاجراءات التى تتبعها محكمة القضاء الادارى طالما أنه لم يمنع ذلك منعا صريحا ... » .

(د) وأقرت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٥٤٩) حيث تؤكد أن محكمة القضاء الادارى ، لما كانت مختصة بالفصل فى أصل النزاع ، فانها تختص تبعا : « بالفصل فيما يتفرع عن هذه المنازعات من أمور مستعجلة . ومن ثم يدخل فى اختصاصها النظر فى طلب ندب خبير فى شأن نزاع قام بخصوص العقد الادارى المبرم بين المدعى وبين هيئة المواصلات السلكية واللاسلكية » .

٤ — على أنه يجب أن نذكر ملحوظتين أساسيتين فى هذا الخصوص:

الأولى : أن الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية كان حتى سنة ١٩٧٢ معقودا لمحكمة القضاء الادارى دون غيرها من جهات القضاء الادارى المصرية ، وبالتالى لم تكن أية جهة قضائية أخرى تختص بالنظر فى هذه المنازعات أو ما يتفرع عنها الا بنص تشريعى صريح . وبهذا المعنى صدر حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٣ مايو سنة ١٩٦١ (السنة ٦ ، ص ١٠٤٠) فبعد أن أوضحت أن العقد المبرم مع الطالب المتطوع فى الجيش الموفد فى البعثة ، وعقد كفيله « هما عقدان ادريان توافرت فيهما خصائص ومميزات العقود الادارية لأن القصد منهما تسيير مرفق عام ، هو مرفق الجيش ، ولأنهما يتضمنان شروطا غير معروفة فى القانون الخاص » أستطردت تقول انه لا اختصاص للمحكمة الادارية بنظر الغاء قرار ايفاد الطالب المتطوع فى الجيش فى البعثة

وملاحقته بالنفقات الدراسية بالتضامن مع الكفيل ، على أساس أن المنازعة تتعلق بعقدين اداريين •

أما فى ظل قانون مجلس الدولة الحالى ، رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، فان المشرع قد أدخل تعديلا فى هذا الصدد ، اذ جعل المحاكم الادارية مختصة بالفصل فى المنازعا الادارية « متى كانت قيمة المنازعة لا تجاوز خمسمائة جنية » (الفقرة الثالثة من المادة ١٤ من القانون) وهذا الاختصاص المستحدث يشمل أصل النزاع وما يتفرع عنه • وبهذا النص المستحدث أصبحت المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية غير مقصورة على محكمة القضاء الادارى كما كان أن الشأن من قبل ، ولكنها أصبحت شركة بين المحاكم الادارية وبين محكمة القضاء الادارى • ولكن من المعلوم أن أحكام المحاكم الادارية قابلة للاستئناف جميعها أمام محكمة القضاء الادارى ، مما ييسر لهذه المحكمة أن توحد أحكام المنازعات الادارية ، وتبث الانسجام بينها ، تحت رقابة المحكمة الادارية العليا بطبيعة الحال •

الثانية : أن استقلال كل من جهتى القضاء (العادى والادارى) بتكييف العقد ، ينعكس على المنازعات المتفرعة عنه ، وعلى الطلبات المستعجلة المتعلقة به • وعلى هذا الأساس يمكن الالتجاء — فى نظرنا — الى قضاء الأمور المستعجلة بالنسبة الى المسائل المتفرعة عن عقود الادارة والتى ليست لها الصفة الادارية باستمرار ، كعقود الامتياز والأشغال العامة ، وذلك انتظارا للفصل فى الموضوع ، والذى يتقرر على مهل ، خصوصا اذا وضعنا فى اعتبارنا أن المحاكم الادارية المختصة لم تنتشر فى جميع الأقاليم ، وقد تقوم دواع مستعجلة تقتضى اتخاذ اجراء سريع لا علاقة له بالموضوع ، كاثبات حالة مثلا • كل ذلك فى انتظار انشاء القضاء الادارى الكامل — الذى توزع محاكمه على جميع اقليم الدولة — واصدار قانون الاجراءات الادارية •

ولقد وجدنا تطبيقا لهذه الحالة فى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٦ أبريل سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٧٦٦) حيث نفذت

احدى الشركات عمليـة لحساب احـدى البلديات • وبعد التسـليم اكتشف فى العملية عيب ترتب عليه هبوط المجارى • فرفعت البلدية المعنيـة دعوى مستعجـلة لاثبات حالة الهبـوط ، وقبـلتها المحكمة المستعجلة ، وهو تطبيق عملى للحالة الافتراضية التى شرحناها •

الفرع الثانى

قضاء الالغاء فى مجال العقود الادارية

١ ــ ذكرنا أن قضـاء العقـود الادارية ومسئولية الادارة عن أعمالها غير التعاقدية ، يكون المجال الأصيل للقضاء الكامل • وبالتالى فان مجال قضاء الالغاء فى نطاق العقود الادارية محدود • والمتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص يجد أن ذلك القضاء يقوم على مبدأين أصيلين :

الأول : أن دعوى الالغاء لا يمكن أن توجه الى العقود ، ذلك أن من شروط قبول دعوى الالغاء أن توجه الدعوى الى قـرار ادارى ، ولكنها لا يمكن أن توجه الى عقد من العقود ، لأن العقد هو توافـق ارادتين ، بينما القرار هو تعبير عن ارادة الادارة بمفردها[1] •

وذلك لا يعنى بحال من الأحوال عدم امكان ابطال العقد ، وانما مجال ذلك ــ كمـا رأينا ــ هو القضـاء الكامل • ويترتب على ذلك نتيجة هامة ، وهى أن ابطال العقد ــ على هذا الأساس ــ لا يمكن أن يصل اليه الا أحـد أطرافه ، لأنه ليس لغير الطرفين المتعاقدين أن يرفع دعوى تستند الى العقد • ومن ناحية أخرى فان شروط الدعوى تختلف فى الحالتين : والخلاف فى فرنسا أظهر فيما يتعلق باجراءات كل من الدعـويين ، ولكنه لا يظـهر فى مصر الا من ناحيـة شرط المصلحة ، ذلك أن هذا الشرط يفسر بغاية الاتساع فى نطاق دعوى الالغاء • أما فى مجال القضاء الكامل فانه يؤخذ بمعنى ضيق[2] •

(١و٢) فى التفاصيل « القضاء الادارى » فى أى من طبعاته العديدة لا سيما المطول •

الثاني : أنه فى مجال قضاء الالغاء لا يمكن الاستناد الى مخالفة الادارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التى تجيز طلب الغاء القرار الادارى • فدعوى الالغاء هى جزاء لمبدأ المشروعية «sanction de la légalité» والالتزامات المترتبة على العقود الادارية هى التزامات شخصية[١] • «obligations subjectives»

٢ ـ وبالرغم من الاطلاق الذى قد يستشف من القاعدتين السابقتين ، فان مجلس الدولة الفرنسى قد أفسح مكانا محدودا للاستثناء منهما فى حالتين تتميزان بخصائص ذاتية هما حالتا :

أولا : القرارات الادارية المنفصلة عن عملية التعاقد •

ثانيا : طعون المستفيدين فى حالة عقود الامتياز •

ونعرض لدراسة هاتين الحالتين على التوالى :

١ ـ § الغاء القرارات الادارية المنفصلة

لا تتمتع الادارة ـ كما سنرى فيما بعد ـ بذات الحرية التى يتمتع بها الأفراد فى ابرام عقودهم • ومن ثم فانها تلتزم فى معظم الحالات بأن تتبع طريقا مرسوما لكى تصل الى اختيار المتعاقد معها ، سواء أكان العقد من عقود القانون الخاص أو من العقود الادارية • ويحدث أن تصدر من الادارة ـ وهى بسبيل التعاقد ـ قرارات ادارية تستهدف التمهيد لابرام العقد أو السماح بابرامه أو تحول دون ابرامه ••• الخ كما سنرى تفصيلا فيما بعد • وهذه القرارات ـ كما هو واضح ـ ليست بغاية فى ذاتها ، ولكنها تندمج فى عملية

---

(١) حاول بعض الفقهاء الدفاع عن وجهة النظر العكسية ، مثال ذلك العميد بونار ، تعليقه المنشور فى مجموعة سيرى سنة ١٩٣٠ القسم الثالث ص ٥٧ ، ولكن مجلس الدولة يرفض ذلك ويجرى قضاؤه على المبدأ الذى أشرنا اليه فى المتن : على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٢٩ فى قضية «Société thermale» المجموعة ص ٢٨ وفى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Benoist» المجموعة ص ١٠٢٧ •

التعاقد • فهل تعتبر جزءا من التعاقد ، وتندرج بالتالى فى قضاء العقود أى القضاء الكامل ؟! أم تعامل على أساس كيانها الذاتى ، ومن ثم يجوز الطعن فيها استقلالا عن عملية التعاقد ؟! لقد أخذ مجلس الدولة الفرنسى فى وقت من الأوقات بالمسلك الأول • ولكنه عدل عنه منذ أمد طويل • وبمسلك مجلس الدولة الفرنسى الجديد أخذ مجلس الدولة المصرى من أول الأمر ، وما يزال يعتنق هذا القضاء كما سنرى •

على أنه قد يصدر من الادارة قرارات ادارية أخرى ، يصدق عليها الحكم السابق ، ولكنها لا تتعلق بابرام العقد ، بل يكون لها أثرها على العقد بعد ابرامه • وحينئذ يكون للمتعاقد أن يطعن فى هذه القرارات بالالغاء ، وفيما يلى نعرض للحالتين •

أولا : طلب الغاء القرارات الادارية المنفصلة المقدم من غير المتعاقد

١ — تستهدف الطائفة الأولى من القرارات المنفصلة «actes detachables» كما ذكرنا — العمل على اتمام التعاقد أو الحيلولة دون اتمامه ، ويكون الطعن فيها لغير المتعاقد ، لأن سبيل المتعاقد هو القضاء الكامل أمام قاضى العقد • أما غير المتعاقد فلا يمكنه أن يلجأ الى قاضى العقد ، ومن ثم فقد فتح له باب قضاء الالغاء • وهذا ما أخذ به مجلس الدولة المصرى منذ مدة • ومن أقدم أحكامه فى هذا الخصوص حكمه الصادر فى ١٩٤٧/١١/٢٥ والذى يقول فيه : « ومن حيث انه مما يجب التنبية اليه أن من العمليات التى تباشرها الادارة ما قد يكون مركبا له جانبان أحدهما تعاقدى بحت تختص به المحكمة المدنية ، والآخر ادارى يجب أن تسير فيه الادارة على مقتضى النظام الادارى المقرر لذلك ، فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد ، تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الادارية تتصل بالعقد من ناحية الاذن به أو ابرامه ، أو اعتماده ، فتختص محكمة القضاء الادارى بالغاء هذه القرارات اذا وقعت مخالفة للقوانين أو

اللوائح ، وذلك دون أن يكون لالغائها مساس بذات العقد الذى يظل قائما بحالته الى أن تفصل المحكمة المدنية فى المنازعة المتعلقة به»[١].

ومن أوضح أحكام محكمة القضاء الادارى فى هذا الخصوص حكمها الصادر فى ٨ يناير سنة ١٩٥٦ (س ١٠ ص ١٣٥) والذى يقول : « والمحكمة ترى فى تحليل العملية القانونية التى تنتهى بأبرام العقد الى الأجزاء المكونة له أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد كوضع الادارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البت والقرار بارساء المناقصة أو المزايدة هى بغير منازع قرارات ادارية منفصلة عن العقد ومن ثم يجوز الطعن فيها بالالغاء بسبب تجاوز السلطة . ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها ان كان لهذا التعويض محل . أما العقد ذاته فان المنازعة بشأنه تدخل فى اختصاص هذه المحكمة بحسب طبيعة العقد والاختصاص المعقود للقضاء الادارى ، فالقرار المطعون فيه الصادر من مصلحة الاذاعة بارساء مزاد توزيع مجلتى الاذاعة المصرية وكايرو كولنج على شركتى التوزيع المصرية انما هو قرار ادارى صادر من جانب واحد هو جهة الادارة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح ... » .

٢ ــ واذا كنا قد درسنا فكرة القرار الادارى المنفصل مع العقد الادارى ، فان تلك الفكرة أوسع مدى ، لأنها ليست مقصورة على العملية التعاقدية ، وانما تدخل فى كل عملية مركبة سواء انتهت بالتعاقد أو بغيره ، مثل اجراءات نزع الملكية ، أو التعيين فى الوظائف العامة عن طريق المسابقات العامة ، أو اجراءات الانتخابات المحلية ... الخ فمجلس الدولة فى فرنسا يجرى باستمرار على جواز فصل القرارات التى تسهم فى تكوين تلك العمليات ، والطعن فيها استقلالا عن طريق دعوى الالغاء .

ولكن الطعن فى القرار الادارى المنفصل عن طريق دعوى الإلغاء ،

---

(١) مجموعة أحكام المجلس ، السنة الثانية س ١٠٤ .

فى حالة العقود الادارية ، يتميز بنتيجة أساسية ، بالغة الخطــورة ، تنحصر فى أثر الالغــاء على العقــد الادارى : فالمسلم به أن الغــاء القرارات الادارية المنفصــلة يؤدى الى بطــلان ما يترتب عليها من نتائج لأن ما يبنى على باطــل فهو باطــل · ولــكن مجــلس الدولة الفرنسى يجرى باستمرار ، ومنذ أمد بعيد ، على أن الغاء القرارات المنفصلة فى حالة العقود الادارية وحــدها لا يمكن أن يؤدى بذاته الى الغاء العقد ، بل يبقى العقــد سليما ونافذا حتى يتمسك أحــد أطرافه بالحكم الصادر بالالغاء ــ بناء على الأثر المطلق لحكم الالغاء ــ أمام قاضى العقد ، سواء أكان العقد خاصا أو اداريا ، وحينئذ يجوز لقاضى العقــد أن يحكم بالغــائه اســتنادا الى سبق الغاء القرارات الادارية المنفصلة والتى ساهمت فى اتمام عملية التعــاقد · والحكم الرئيسى لمجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد هو حكمه الصادر فى ٤ أغسطس سنة ١٩٠٥ فى قضية «Martin» [١] وقد صور المفوض روميو تلك الحالة فى مذكرته بهذا الخصوص حيث يقول مخاطبا مستشارى المجلس : « اننــا لا ننــكر أن قيمة الالغــاء فى هــذه الحالة نظرية «platonique» فالادارة تســتطيع أن تصحح الوضع باجراء لاحق ، وقد يبقى العقد برغم الالغاء اذا لم يتقدم أحد المتعاقدين الى قاضى الموضوع بطلب فسخ العقد · ولكن هذه النتيجة يجب ألا تدهشــكم أو تبعث التردد فى نفوسكم ، فأنتم تعلمون تماما أن دعوى الالغــاء فى بعض الحالات لا تؤدى الا الى نتائج نظــرية · فليس على قاضى لالغاء الا أن يبحث فيما اذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغى ، دون أن يهتم بما يترتب على هذا الالغاء من نتائج سلبية أو ايجابية · فاذا صححت الادارة الوضع القانونى باجراء لاحق ، فان هــذا يحمل فى طيــاته أسمى آيات الاحترام لحكمكم · أما اذا صمم الطرفان على الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الالغاء ، فسيكون لهذا الحكم دائمــا أثر هام يتركز فى أنه أعلن حكم القــانون ، ولم يغلق أبواب المحكمة فى وجه مواطن يستعمل رخصة قد خوله اياها القانون

(١) مجموعة سيرى سنة ١٩٠٦ ، القسم الثالث ، ص ٤٩ ·

لكى يراقب قرارات الادارة ، وانه قد نور الرأى العام بحيث يمتنع فى المستقبل العودة الى هذه التصرفات الخاطئة ، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستنير ، ومستلزمات الديمقراطية المنظمة ... » .

ولقد أقر مجلس الدولة المصرى من تاريخ بعيد نسبيا هذه النتائج التى نادى بها المفوض روميو ، وأقرها مجلس الدولة الفرنسى ، وذلك فى حكمه الصادر فى ١٩٤٧/١١/٢٥ ، والذى سبقت الاشارة اليه . فبعد أن أقر مبدأ جواز الطعن فى القرارات الادارية المنفصلة التى تساهم فى تكوين العملية التعاقدية على النحو الذى ذكرناه فيما سبق ، استطرد قائلا : « ومن حيث انه لا يقدح فيما تقدم ما قد يخيل بادىء الرأى من أن الطعن بالالغاء يكون فى مثل هذه الحالة غير مجد ما دام لا ينتهى الى الغاء العقد ذاته ، وذلك لأن مناط الاختصاص هو ما اذا كان ثمة قرار ادارى يجوز أن يكون محلا للطعن بالالغاء أم لا . فحيثما يمكن فصل مثل هذا القرار من العملية المركبة ، فان طلب الغائه يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الادارى . على أن وجه المصلحة فى الطعن ظاهر ، اذا لوحظ أن قرار الالغاء قد يكون محل تقدير المحكمة المدنية (أو الادارية) كما أن الأغيار الذين لا يستطيعون الطعن فى العقد مدنيا لفقد ان الحق الذى يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا أطرافا فى العقد ، يمكنهم الطعن بالالغاء فى القرار الادارى المتصل به ، متى كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة فى هذا الطعن . وقد يؤدى الغاء القرار الادارى الى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم .. » .

ولقد تبت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء باستمرار ، ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى ١٩٧٥/٤/٥ (مجموعة المبادىء المؤقتة ، ص ١٦) حيث تقول : « ينبغى التمييز فى مقام التكييف بين العقد الذى تبرمه الادارة ، وبين الاجراءات التى يمهد بها لابرام هذا العقد ... فان من هذه الاجراءات ما يتم بقرار من

السلطة الادارية المختصة ••• ومثل هذه القرارات يجوز لذى الشأن الطعن فيها بالالغاء استقلالا » •

٣ ـ ولقد سبق أن ذكرنا أن اختصاص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية يستتبع الفصل فى أصل النزاع وجميع ما يتفرع عنه • وعلى هذا الأساس قضى المجلس باختصاصه بالفصل فى المنازعات المستعجله المتعلقة بموضوع النزاع • فاذا أصدرت الادارة قرارا اداريا منفصلا ، فانه يجوز الطعن فيه كما ذكرنا استقلالا ، فهل يجوز طلب وقف تنفيذه بصفة مستعجلة ؟! يبدو أنه من المتعين الاجابة بالايجاب بناء على المقدمات التى ذكرناها • ولكن الادارة أرادت أن تستمد من قضاء مجلس الدولة السابق ، من حيث انه لا أثر للحكم بالالغاء ـ فيما لو صدر ـ على موضوع العقد ، حجة تستند اليها فى استبعاد قضايا وقف تنفيذ القرارات الادارية المنفصلة من اختصاص المجلس ، بحجة أنه لا مصلحة لرافع الدعوى فى طلب وقف التنفيذ ، فى حالة ما اذا كان العقد قد أبرم • وقد ردت محكمة القضاء الادارى المصرية على هذه الدعوى ، فى حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦[١] حيث تقول : « ••• ومن حيث انه لا حجة فيما يقال فى هذا الصدد من أن جهة الادارة تعاقدت مع من رست عليه المناقصة مما يبدو معه لأول وهلة أن الطعن بالالغاء يكون فى مثل هذه الحالة عديم الجدوى ما دام لا ينتهى الى الغاء العقد ذاته مما ينتفى معه ركن المصلحة فى الدعوى ، أو أن طلب وقف التنفيذ انما يهدف الى منع الادارة من تنفيذ قرار ارساء المناقصة والتعاقد مع الراسى عليه العطاء • فاذا كان التعاقد قد تم ـ كما هو الشأن فى هذه الدعوى الحالية ـ فلن يعود الحكم بفائدة على المدعى ، اذ أن الحكم بوقف التنفيذ لا يمس موضوع الدعوى ، وما دام هدف المدعى لا يتحقق فان مصلحته تكون معدومة ••• لا حجة فى هذا كله لأن مبادرة جهة الادارة الى اتخاذ

---

(١) القضية رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠ قضائية ، السيد على محمد عزت ضد وزارة الصحة •

اجراء من شأنه اقرار الوضع المخالف للقانون أو تنفيذ القرار الادارى المطعون فيه لا يحول دون طلب الغاء القرار ، ولا يعصمه من الالغاء لسبب من أسباب عدم المشروعية ، اذ أن قاضى الالغاء لا يبحث الا فيما اذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغى دون أن يهتم بما يترتب على هذا الالغاء من نتائج سلبية أو ايجابية • كما أن شرط توافر المصلحة فى الدعوى يتأكد بوجود هذه المصلحة بالفعل ولا يدور وجودا وعدما مع تصرف الادارة على نحو معين تتخذه ذريعة للدفع بانعدام المصلحة ، والقول بغير ذلك فيه خلط بين تحديد آثار الالغاء ، وبين وجود المصلحة فى طلب الالغاء ، **فاذا صح أن الغاء القرار الادارى فى الحالة المعروضة لا يؤدى الى اهدار العلاقة التعاقدية التى نشأت عنه** ، الا أن هذا لا ينفى وجود المصلحة فى طلب الغاء هذا القرار ، اذ من المحتمل أن يؤدى الحكم الذى يصدر بالالغاء الى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيسا على عدم الابقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بالغائه ، **وعلى أنه مما يتعارض مع المنطق أن يلغى قرار ارساء المناقصة ثم يظل الاجراء المترتب عليه (وهو ابرام العقد) قائما** • على أن لطالب الالغاء مصلحة مؤكدة فى أنه بناء على حكم الالغاء يستطيع أن يحصل على تعويض من جهة الادارة • يضاف الى ما تقدم أن القول بانعدام المصلحة فى طلب الغاء قرار ارساء المناقصة ما دام الالغاء لا ينتهى الى الغاء التعاقد الذى تم ••• هذا القول ينتهى الى نتيجة شاذة وهى أن يستغلق باب الطعن فى القرارات الادارية التى تصدر فى المرحلة الأولى من مراحل عملية المناقصة بدعوى انعدام المصلحة فى الغائها بعد ابرام العقد ، فى حين أن هذه القرارات يجوز الطعن فيها استقلالا ، هذا الى أن ابرام العقد ليس سوى مرحلة من مراحل تنفيذ عملية المناقصة ، فاذا طعن بالالغاء فى أحد القرارات الادارية السابقة على ابرام العقد ، ومع ذلك أبرم العقد ، فان ذلك لا يخرج عن أنه تنفيذ لقرار ادارى مطعون فيه بالالغاء ، وهذا التنفيذ لا يمنع من الحكم بالالغاء كما سبق البيان • هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فانه لما كان طلب وقف التنفيذ ليس الا عرضا للجانب الحاد من المنازعة الموضوعية بطلب الالغاء ،

فانه يترتب على قبول طلب الالغاء أن يكون طلب وقف التنفيذ بدوره مقبولا وبغير اعتداد فى هذا الشأن بقيام الادارة بتنفيذ القرار محل الطعن ، لأن التنفيذ هنا تصرف من جانب الادارة مردود عليها ، والاستناد اليه فى الدفع بانعدام المصلحة معناه أن فى مكنة الادارة دائما أن تضع القضاء أما الأمر الواقع وتعطل مهمته ، وهو ما يهدر الرقابة القضائية ذاتها » ٠

٤ ـ والواقع أن قراءة هذه الفقرات المطولة من الحكم السابق ، تكشف عما فى موقف القضاء ـ سواء فى فرنسا أو فى مصر ـ من تناقض : فالقرار المنفصل ، والذى يحكم بالغائه ، هو مرحلة من مراحل العملية المركبة ، ويترتب عليه سلامة العملية كلها ٠ وبالتالى فان ابطال القرارات الادارية المنفصلة يؤدى الى ابطال ما يترتب عليها ٠ ولم يستثن المجلس من هذه القاعدة الا حالة أن تنتهى العملية المركبة بعقد ٠ وهذا الاستثناء لم يعد له ما يبرره فى الوقت الحاضر[١] ، فالحقيقة أن مسلك مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص يرجع الى أسباب تاريخية مقصورة على فرنسا ، فقد كان سببه قاعدة عدم قبول دعوى الالغاء اذا وجد طريق طعن مقابل (أو مواز) «recours parallèle» فلما بدأ المجلس يتخلى عنها ، فعل ذلك تدريجيا ، فألغى القرار آلذى كان أساسا للعقد دون أن يتصدى للعقد ٠ ولهذا فاننا نرى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى هو بمثابة فترة انتقال ، ولا محل لأن نتقيد به فى مصر ، لأنه ـ كما يقول مجلس الدولة المصرى فى حكمه السابق ـ « ٠٠٠ مما يتعارض مع المنطق أن يلغى قرار ارساء المناقصة ثم يظل الاجراء المترتب عليه (وهو ابرام العقد) قائما ٠٠ » ٠ ولهذا فقد رأينا الفقهاء الحديثين فى فرنسا ينادون بضرورة تخلى مجلس الدولة الفرنسى عن قضائه السابق : فالفقيه بيكينو ، فى رسالته عن

---

(١) تراجع التفاصيل فى مؤلفنا « القضاء الادارى » ٠

« النظرية العامة للعقد الادارى[١] » يرى أن القضاء السابق غير منطقى ، وأنه يتعين على القضاء الادارى الغاء العقد المبنى على قرار حكم بالغائه ، لأن عدم مشروعية القرار يسرى الى العقد المبنى عليه • وقد اقترح ، اذا لم يقبل القضاء هذا الحل الأصيل ، أن يسلك فى هذا الصدد ، المسلك الذى كثيرا ما يلجأ اليه فى مجال الوظيفة العامة ، فيحيل الأمر الى الادارة لتعمل حكم القانون ، أى تعمل على الغاء العقد •

أما الفقيه «Weill» فانه فى رسالته الهامة بعنوان : « نتائج الغاء القرار الادارى لعيب تجاوز السلطة »[٢] فيرى أن فصل القرارات الادارية التى تساهم فى تكوين العملية المركبة انما يقصد به مجرد قبول دعوى الالغاء • أما عند النظر الى شرعية العملية برمتها، فيجب أن ينظر الى العملية ككل لا يتجزأ • .«tout indivisible» فيبطل العقد اذا بطل أى قرار كان أساسا لاصداره •

ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسى قد بدل يسير فى هذا الاتجاه ، ولا أدل على ذلك من حكمه الصادر فى أو مارس سنة ١٩٥٤ فى قضية «Société l'Energie industrielle» [٣] ، ففى هذا الحكم قضى المجلس بأن الغاء القرار الصادر بالتصديق على عقد امتياز ، يجعل طلب التفسير المقدم الى المجلس بعد ذلك غير ذى موضوع ، لأن الشروط الواردة فى العقد لا يمكن تنفيذها ، بالرغم من أنه لا الادارة ولا

---

(١) طبعة سنة ١٩٤٥ ص ٥٨٣ ، حيث يقول :

«Le resultat le plus clair de cette doctrine c'est de laisser subsister l'illégalité dans l'acte qui s'exécute et doit encore produire des effets dans l'avenir. Né sérait-il pas plus logique ... de permettre au juge d'annuler le contrat qui porte vraiment l'illégalité ... A défaut de cette solution radicale mais aussi la plus logique, on a proposé au juge d'user ici de la procédure qu'il a instaurée dans le contentieux de la fonction publique en renvoyant l'affaire devant l'autorité compétente, pour faire ce que de droit».

(٢) «Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir thèse Paris. 1952.

(٣) المجموعة ص ٦٦ ، وراجع الفقرة الأخيرة من الحكم والتى تقول :

«Bien que ni le concédant ni la concessionnaire n'aient demandé au juge de contrat de constater qu'en l'absence d'acte définitif de concession la convention n'avait pas fait naitre les droits qui résultent d'une concession».

المتعاقد معها قد طلب أمام قاضى العقد ترتيب الآثار التى تتولد عن الحكم الصادر بالالغاء ٠

هذا ولقد سبق لقسم الرأى مجتما أن أبدى رأيا مقاربا فى فتواه رقم ٦٨٤ الصادر بتاريخ ١٢/١٣/سنة ١٩٥١ (مجموعة أبو شادى ، ص ٧٤٤) حيث يقول « من المقرر فى القانون الادارى أن العقد يتم على مرحلتين الأولى تتم فيها الأعمال التمهيدية ، والثانية يتم فيها ابرام العقد ٠ والأعمال التمهدية من وضع شروط المناقصة والاعلان عنها ، وتلقى العطاءات المقدمة فيها وتحقيق شروط المناقصة ثم المفاضلة بين العطاءات فارساء المناقصة بعد ذلك يكون بقرارات ادارية تتخذها جهة الادارة للافصاح عن ارادتها هى وحدها دون غيرها ٠ فكل ما يصدر من هذه القرارات يجب أن تسير فيه جهة الادارة على مقتضى التنظيم الادارى المقرر لذلك » ٠ ثم استطردت الفتوى تقول : « وبما أنه يشترط لصحة القرار الادارى أن يكون صادرا من سلطة ادارية لها الحق فى اصداره ، ويعتبر الاخلال بذلك موجبا لبطلان التصرف ٠٠ وبما أن مدير معمل تكرير البترول الأميرى بالسويس غير مختص باصدار قرارات ادارية تفصح عن ارادة مصلحة المناجم فى احداث أثر قانونى ، ذلك أن المختص فى هذه الحالة هو مدير مصلحة المناجم لشئون الوقود ، ولم يصدر منه قرار بقبول عطاء الشركة ، ومن ثم لا يكون ثمة عقد قد انعقد بينها وبين المصلحة » ٠

ثانيا ـ طلب الغاء القرارات الادارية المنفصلة المقدم من المتعاقد

١ ـ هل يجوز للمتعاقد أن يطلب الغاء القرارات الادارية المنفصلة على النحو الذى رأيناه بالنسبة الى الغير ؟! هذا التساؤل يفترض أن تكون عملية التعاقد قد تمت وتعاقدت الادارة مع أحد الأفراد ، ثم تبين لهذا المتعاقد أن بعض القرارات التى أسهمت فى تكوين العقد ، كانت غير مشروعة ٠

وتذهب الأغلبية الى أن المتعاقد ليس أمامه الا سبيل واحد هو قاضى العقد ، يحسم بمقتضى سلطة القضاء الكامل جميع المنازعات المتعلقة بالعقد ، وبالتالى فان المتعاقد — اذا حاول أن يطرق باب قضاء الالغاء — فسيواجه بالدفع المبنى على فكرة « الدعوى الموازية »[١] . ولكن الأستاذ دى لوبادير يرى أن قضاء المجلس لا يؤيد الرأى السابق ، لأنه سمح للمتعاقد بأن يطعن فى القرار المنفصل بدعوى الالغاء[٢] . والواقع أن التجاء المتعاقد الى دعوى الالغاء لطلب الغاء القرارات المنفصلة التى ساهمت فى تكوين العقد محل نظر : فالتجاء المتعاقد اليها لا يكون بطبيعة الحال الا بعد ابرام العقد ، وحينئذ لا يكون للمتعاقد مصلحة فى الالتجاء الى قضاء الالغاء — حتى لو صرفنا النظر عن فكرة طريق الطعن الموازى والتى نرى أنه لا محل لها فى مصر[٣] — لأن القضاء الكامل أجدى بالنسبة اليه من قضاء الالغاء ، لأنه لو حصل على حكم بالغاء القرار الادارى المنفصل فانه يتعين عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى الى قاضى العقد لكى يرتب له النتيجة التى تترتب على الحكم بالالغاء . ومن ثم فانه يكون من الأفضل له أن يلجأ الى قاضى العقد مباشرة . واذا كانت المزايا التى أحاط المشرع بها دعوى الالغاء فى فرنسا قد تدفع المتعاقد الى انتهاج طريق الالغاء ، فانه لا شىء من ذلك فى مصر . ولهذا فاننا نرى أن دعوى المتعاقد فى الحالات السابقة تدخل فى اختصاص قاضى العقد بمقتضى ولاية القضاء الكاملة .

---

(١) بهذا المعنى اليبير ، مؤلفه عن الرقابة القضائية ، ص ١٦١ ، وراجع تعليق الفقيه جيز فى مجلة القانون العام سنة ١٩٥٤ ص ٢٦٠ ، وتقرير المفوض «Mosset» الذى قدم بمناسبة حكم المجلس الصادر فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٤ فى قضية «Syndicat de raffinerie de Soufre français» مجموعة «(R.P.D., A. 1955, p. 2)» وتقرير المفوض «Chardeau» فى قضية «Société des grands traveux de Marseille» والتى صدر فيها الحكم فى ٦ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة «Actual jur. 1955. 11, p. 327»

(٢) من الأحكام الحديثة نسبيا التى أوردها فى هذا الخصوص حكم المجلس الصادر فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ فى قضية «Département de la Creuse» وحكمه فى ٤ فبراير سنة ١٩٥٥ فى قضية «Ville de Saverne» ، مطوله السابق ، ص ٣٢٩ (الجزء الثالث) .

(٣) مطولنا فى القضاء الادارى ، المرجع السابق ، حيث درسنا هذه الفكرة بالتفصيل .

٢ ــ ولكن المتعاقد يسترد حقه فى الالتجاء الى قضاء الالغاء اذا ما صــدرت من الادارة قرارات غير مشروعة بصفة أخــرى ، أى لم تستند فى اصدارها الى صفتها كمعتاقدة ، فحينئذ يكون للمتعاقد ، كسائر المواطنين ، أن يطلب الغــاء تلك القرارات اذا ما اســتوفى شرط المصلحة ، وكان القرار المطلوب الغاؤه غير مشروع • وهذه القرارات لن تكون ذات علاقة مباشرة بالعقـد، والا لانطبق ما سبق ذكره بالنســبة الى القرارات التى أشرنا اليها أولا • ومن أوضــح الأمثلة على ذلك من قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن تصدر الادارة ــ بناء على سلطات البــوليس ــ قرارات ادارية يــكون لها أثرها على المتعاقد • فلو أن الادارة أصدرت تلك القرارات باعتبارها الطرف الآخر فى العقد ، وبناء على حقها فى التدخل والاشراف على تنفيذ المتعــاقد لالتزاماته ، لتعين على المتعاقد أن يسلك سبيل القضــاء الكامل ؛ أما اذا استندت الادارة فى اصدار قراراتها الى صفة أخرى، فلا سبيل للطعن فى هذه الحالة الا عن طريق دعوى الالغاء •

ولقد وضع مجلس الدولة الفرنسى أساس التفرقة السابقة فى حكمه الشهير الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ فى قضية «Grandes Compagnies» حيث فرق المفوض «Tardieu» فى هذا الصددبين حالتين : حالة صــدور القرارات الادارية اســتنادا الى الشروط الواردة فى دفاتر الشروط ، وحينئــذ يتعين على الشركات المتعــاقدة والطرف الآخر فى الدعوى أن تطرق باب القضاء الكامل ، أمام قاضى العقد المختص • أما اذا صدرت القرارات المطعون فيها استنادا الى القوانين واللوائح ، فان لتلك الشركات أن تلجأ الى قضاء الالغــاء للحكم على مشروعية قــرارات الادارة فى ذاتهــا ، وبغض النظر عن العقــد وأحكامه[١] •

وقد أتيح لمحكمة القضاء الادارى المصرية أن تؤصل هذا الموضوع

---

(١) «Quand l'Etat invoquera les pouvoirs de police pour imposer aux compagnies des obligations nouvelles, la légalité de ces prescriptions devra être examinée elle-même, abstraction faite du contrat; c'est par la voie du recours pour excès de opuvioir que les compagnies devront attaquer ces actes d'autorité».

على نحو مماثل فى حكمها الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٦٧ لسنة ١١ قضائية وقد سبقت الاشارة اليها) حيث تقول : « .. فاذا كان الالغاء (الغاء العقد) مستندا الى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالالغاء قرارا اداريا ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الادارى بدعوى الالغاء ويدخل فى نطاقها ، ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الادارية ، أما اذا كان الغاء العقد مستندا الى نصوص العقد نفسه وتنفيذا له ، فان المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الادارى على أساس استعداء الولاية الكاملة لهذا القضاء ... » .

٢ ـ§ طعون المستفيدين فى حالة عقود الامتياز

١ ـ ذكرنا فيما سبق أنه لا يمكن الاستناد الى شروط عقد من العقود توصلا الى الغاء قرار ادارى ، بحجة أن القرار الادارى لا يتفق وشروط العقد . وذكرنا أن مرجع هذه القاعدة ، الى أن قضاء الالغاء انما يستهدف المحافظة على قواعد المشروعية ، فى حين أن العقود لا تولد الا التزامات شخصية ، يؤدى الاخلال بها الى اثارة القضاء الكامل على التفصيل السابق .

ومع ذلك فان القضاء التقليدى لمجلس الدولة الفرنسى ، والذى وضع أساسه فى حكمه المشهور فى قضية «Syndicat Croix-de-Seguey» والتى صدر الحكم فيها فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٦[1] ، قد خرج على القاعدة السابقة ، وأجاز للمستفيدين فى حالة امتياز المرافق العامة أن يطعنوا بالالغاء فى القرارات التى تصدر من الادارة ـ فى علاقتها مع الملتزم ـ وتتضمن الاخلال بشروط عقد الامتياز التى تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين .

والتبرير الغالب الذى عليه معظم الفقهاء فى فرنسا وفى مصر يرجع هذا الاستثناء الى الطبيعة اللائحية لبعض الشروط الواردة

---

(١) مجموعة سيرى سنة ١٩٠٧ القسم الثالث ص ٣٣ مع تقرير المفوض روميو وتعليق هوريو .

فى عقد الامتياز • فلقد رأينا عند دراسة عقد الامتياز أن الشروط الواردة به ، والتى تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين ، هى شروط لها طبيعة اللائحة الادارية ، وبالتالى فان خروج الادارة أو الملتزم عليها لا يتضمن مجرد اخلال بالتزام شخصى مرجعه الى العقد ، بل انه ينطوى على مخالفة للقاعدة اللائحية الواردة فى العقد ، مما يجعل القرار غير مشروع • فاذا ما خرج الملتزم على القواعد الواردة بعقد امتيازه والتى تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين ، فان لكل ذى مصلحة أن يرده الى نطاق المشروعية بالطريقة التالية : يتقدم المنتفع الى الجهة الادارية المختصة طالبا منها أن تتدخل بناء على سلطاتها الادارية لتجبر الملتزم على احترام شروط العقد • فاذا رفضت الادارة التدخل صراحة أو ضمنا ، حق للمستفيد أن يطعن فى هذا القرار أمام قاضى الالغاء ، ويكون القرار غير مشروع اذا ثبت فعلا أن الملتزم لم يحترم شروط العقد •

ولقد حاول بعض الفقهاء فى فرنسا التشكيك فى الأساس السابق ، وحاولوا الاستعاضة عن فكرة الطبيعة اللائحية للشروط المنظمة للخدمة والواردة فى عقود الامتياز ، بالاستناد الى طبيعة العقد الادارى ذاته • ومن هذا القبيل الفقيه بيكينو ، والذى يقول فى رسالته عن العقود الادارية ما يلى[1] :

«C'est donc bien le contrat administratif, avec sa nature particulière qui n'est ni contractuelle ni règlementaire, qui fonde les droits des tiers à attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir les actes d'execution pris en violation du contrat».

وقد أخذ بهذا الرأى بعض من تناولوا هذا الموضوع بالدراسة من الفقهاء المصريين[2] •

---

(١) ص ٥٨٥ •

(٢) الدكتور ثروت بدوى ، وقد جاء فى رسالته التى أشرنا اليها فيما سلف قوله فى ص ٤٨ :

«La théorie qui base le pouvoir modificateur sur un prétendu caractère règlementaire de certaines dispositions du cahier des charges est inexacte, aussi sur le plan théorique qu'au point de vue droit positif».

على أن أحكام مجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد قاطعة ، ومن أوضحها صياغة ، الحكم الصادر من محكمة القضاء الادارى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ . (القضية رقم ٤٨٥ ورقم ١٣٦٧ لسنة ٧ قضائية وقد سبقت الاشارة اليه) حيث يقول : « ... ان عقد الالتزام ينشىء فى أهم شقيه مراكزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله . وهذا المركز اللائحى الذى ينشئه الالتزام والذى يتصل بالمرفق العام هو الذى يسود العملية بأسرها . أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له ....[1] » .

كما أن المحكمة الادارية العليا تصدر عن ذات التكييف باستمرار . ومن قضائها فى هذا الصدد على سبيل المثال ، حكمها الصادر فى ١٩٧٧/١٢/٣٠ (سبق) حيث تؤكد « ومن حيث ان المسلم به فقها وقضاء ، أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم الى نوعين : شروط لائحيه ، وشروط تعاقدية ، والشروط اللائحية فقط هى التى يملك مانح الالتزام تعديلها بارادته المنفردة فى أى وقت ، وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم . والمسلم به أن التعريفة ، وخطوط السير وما يتعلق بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل ، بارادة مانح الالتزام

= وقد يكون الجانب الذى تناول منه الدكتور ثروت الموضوع ، أوسع من الزاوية التى نعرض لها فى المتن ، وهى مقصورة على قبول دعوى الالغاء استنادا الى مخالفة نص وارد فى العقد . أما سلطة الادارة فى تعديل الالتزامات التعاقدية بارداتها المنفردة ، فقد يمكن تبريرها على أساس آخر .

(١) وراجع حكم المجلس الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٥٦ ، السنة العاشرة ، ص ١٨٥ حيث يقول : « انه وان كانت النصوص اللائحية فى عقود الالتزام تبقى حافظة لقوتها الملزمة فى حالة انتقال الالتزام ليد السلطة مانحة الالتزام ... » وحكمه الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩٥٦ السنة العاشرة ص ٢٣٩ ، حيث يقول : « ... عقد الترخيص باستغلال مرفق من مرافق الدولة هو — على ما ذهب اليه الفقه الادارى — من العقود ذات الطابع الخاص ... وما من شك أن الترخيص — فى هذه الحالة — يتضمن شروطا لائحية ، وهو بهذه المثابة يدخل فى نطاق العقود الادارية ... » وراجع الأحكام التى أوردناها عند دراسة عقد الامتياز وكذلك فتاوى القسم الاستشارى .

المنفردة » • ونرى أن هذا التبرير هو التبرير الوحيد ، الذى يمكن على أساسه الوصول الى تمكين أشخاص غرباء عن العقد الادارى ، من الاستناد الى شروطه ، للوصول الى حكم بالغاء قرار ادارى ، فالقرار الادارى – فى نطاق قضاء الالغاء – لا يمكن الحكم بالغائه الا لأسباب محددة على سبيل الحصر هى عيوب الشكل والاختصاص ومخالفة القوانين واللوائح والانحراف • والقرار الذى يخالف مجرد شرط عابر من شروط العقد لا يمكن أن يوصف بأنه قرار مخالف للقوانين واللوائح • ومن ثم فان المشكلة التى نحن بصددها لا تثور عملا الا فى نطاق عقود الامتياز التى تربط بين أطراف ثلاثة هم الادارة مانحه الالتزام ، والملتزم ، ثم المستفيدون • أما فى سائر العقود الادارية ، فان العلاقة تكون فى الغالب مقصورة على الادارة والمتعاقد معها ، وتفحص القرارات الصادرة من الادارة والتى تكون ذات علاقة بالعقد فى نطاق القضاء الكامل •

٢ – على أن مجلس الدولة الفرنسى سحب المبدأ الذى قرره حكم «Croix-de-Seguey» من حالة المنتفعين بالخدمات التى يلتزم المتعاقد بتوريدها ، الى طائفة أخرى ، تشمل العمال الذين يستعين بهم الملتزم فى تسيير مرفقه ، فهؤلاء العمال هم أجراء يخضعون لأحكام عقد العمل • ولكن الادارة كثيرا ما تضمن عقود الامتياز شروطا تكفل لهم بعض المزايا المتعلقة بالأجور ، أو بظروف العمل •• الخ • ولا تقتصر هذه الظاهرة على عقد الامتياز ، ولكنها تمتد الى عقود أخرى كعقد الأشغال العامة والعقود المشابهة • ويجرى مجلس الدولة الفرنسى منذ مدة على تخويل النقابات الممثلة للعمال «Syndicats du personnel» حق طلب الغاء القرارات الادارية الصريحة أو الضمنية التى تصدر من الادارة ، وتتضمن خروجا على تلك الشروط[1] •

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٧ فى قضية «Syndicat des employés des secteurs électriques de la Seine» دالوز سنة ١٩٢٨ القسم الثالث ، مع تعليق الفقيه فالين •

والملاحظ فى هـذا الصـدد ، أن مجلس الدولة الفرنسى يقبل دعوى الالغاء من نقابات العمال لا من العمال بصفتهم الفردية لأن العمال بصفتهم الفردية يتمتعون بدعوى أمام قاضى العقد ، أى أمام قاضى القانون الخاص • ويجرى هذا القضاء فى فرنسا على اعتبار الشروط التى تضمنها الادارة عقودها مع الغير فى هذا الصدد ، من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير «Stipulation pour autrui» [1] ، وبالتالى فانها تخول العامل دعوى مباشرة «une action directe» ضد الملتزم أو المقاول • وهذه الدعوى تجعل دعوى الالغاء بالنسـبة الى العامل بصفته الفردية غير ذات موضوع •

أما النقابة ـ ذات الشخصية المعنوية ـ والتى تمثل الجميـع ، فان لها مصلحة محققة فى رفع دعوى الالغاء ، حتى تصحح الوضـع غير المشروع ، وتوفر على أعضائها رفع دعاوى فردية متعـددة أمام القضاء العادى فى كل حالة يخرج فيها الملتزم على الشروط الواردة فى عقد الالتزام نظرا لما يتمتع به الحكم الصـادر بالالغاء من حجية مطلقة قبل الكافة •

٣ ـ على أنه يتعين قبل أن نترك هذا الموضوع ، أن نحدد مركز المنتفعين بخدمات المرافق التى تدار عن طريق الامتياز «Usagers du service concédé» فيما يتعلق بنوع الدعوى التى لهم حق رفعهـا ذلك أن المنتفع لا يخرج الحال بالنسبة اليه عن فرضين :

الأول : أن يكون الفرد قد استوفى شروط الانتفاع بالخدمة ، ويريد اقتضاءها كمن يريد الحصول على اشتراك فى المياه أو النور أو الأتوبيس •• الخ اذا ما تولت أداء تلك الخدمة شركة امتياز • وحينئـذ يكون لمستحـق الانتفـاع «Candidat usager» أن يلجـأ الى قضاء الالغاء بالطريقة التى شرحناها فيما سلف • ولكن هل يحـق

---

(١) راجع حكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٣ مارس ١٨٨٩ ، مجموعة سيرى سنة ١٨٨٩ القسم الأول ص ٢٦٣ وفى ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ مجموعة سيرى سنة ١٩٠٢ القسم الأول ص ٣٦٠ •

له أن يلجأ الى المحاكم القضائية مطالبا باقتضاء الخدمة !؟ انقسم الرأى حتى سنة ١٩٣٧ فى فرنسا بين المحاكم القضائية من ناحية ، ومجلس الدولة الفرنسى من الناحية الأخرى : فالمحاكم القضائية قبلت دعوى المطالب بالانتفاع فى هذه الحالات • أما مجلس الدولة فقد ذهب الى أن النزاع فى هذه الحالة يتعلق بالقانون العام وبمدى سير المرافق العامة ، وبالتالى يكون كل ما تعلق به من اختصاص للمحاكم الادارية •

ولكن مجلس الدولة الفرنسى عدل عن موقفه السابق فى حكمه الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية «Union hydro-éle:rique de l'ouest constantinois» [١] وقد وضع المجلس فى اعتباره عند اجراء هذا التحول طبيعة العقد المتوقع الذى قد يبرم بين طالب الاستفاد وبين الملتزم • فالمسلم به فى الوقت الحاضر أن هذا العقد هو من عقود القانون الخاص ، ومن ثم فقد استحسن أن يختص القضاء العادى بالنزاع ابتداء ما دام مصير النزاع اليه مالا ، على أن يراعى القضاء العادى موضوع المسائل الأولية «Les questions préjudicielles» التى قد يثيرها النزاع ، والتى هى من اختصاص القضاء الادارى أصلا • ومنذ الحكم السابق ، استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص[٢] • ويمكن الأخذ بالحل السابق فى مصر أيضا ، فالمادة ٦٧٠ من القانون المدنى تنص على ما يلى :

١ — اذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات أو فى تقاضى الأجور •

٢ — ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الاعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من

---

(١) مجموعة سيرى سنة ١٩٣٨ القسم الثالث ، ص ٦٥ مع تعليق لاروك •

(٢) راجع من أحكامه الحديثة حكمه الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Des Villettes» المجموعة ص ٥٠٨ •

يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين .

٣ - وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من اخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة » . ٩٩

فمبدأ الزام المتعهد بأداء الخدمة لكل من استوفى شروط الاستفادة منها منصوص عليه صراحة فى القانون المدنى ، وهو الذى تطبقه المحاكم القضائية . ومن ثم فانه من الجائز للمستفيد أن يستند الى المادة السابقة للمطالبة بالاستفادة من خدمات المرفق المدار عن طريق الامتياز ، على أن يحال الى محكمة القضاء الادارى كل ما يتعلق بعقد الامتياز ذاته ، كتفسير شروطه أو تقدير مدى انطباقها على حالة معينة اذا ما كان ذلك موضوع نزاع أمام المحكمة القضائية .

الثاني : والفرض الثانى أن يكون بين المنتفع والملتزم عقد يحدد شروط الانتفاع وأوضاعه . والمسلم به فى الوقت الحاضر أن هذا العقد هو من عقود القانون الخاص، بالنظر الى طبيعة المرافق التى تدار عن طريق الامتياز ، فطريقة الامتياز - كما هو معلوم - تدار بها المرافق الاقتصادية (الصناعية والتجارية) . ويخضع هذا النوع من المرافق لأكبر قدر ممكن من قواعد القانون الخاص ، التى تتفق وطبيعة هذه المرافق ، والتى تمكنها من أداء خدماتها بشكل أكمل وبطريقة أنجع . ويتفرع على المبدأ السابق ، اعتبار العقود التى تبرمها شركات الامتياز مع عملائها من عقود القانون الخاص . وبالتالى فان المحاكم القضائية هى التى تختص بالفصل فى المنازعات التى يثيرها تطبيق تلك العقود فى العمل[1] .

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Des Villettes» المجموعة ص ٥٨ .

على أنه لما كانت هذه العقود ذات ارتباط وثيق بعقود الامتياز التى تحكم كل اتفاق يبرمه الملتزم مع عملائه ، فان كل نزاع يتوقف حسمه على مشكلة تتعلق مباشرة بعقد الامتياز ، يعتبر مسألة أولية يجب أن تحال الى القضاء الادارى[١] .

ولا شك فى أن المبادىء السابقة تطبق فى مصر ، لأنها مجرد تفريع على القواعد العامة ، وان كان القضاء المصرى لم يحسمها حتى الآن بأحكام مباشرة فى الموضوع . ولكنه يلاحظ من ناحية أخرى أن مجلس الدولة المصرى قد ذهب فى حكم قديم له صادر فى ١٩٤٩/٢/٣ الى حل قريب ، اذا اعتبر أن المنازعات التى تقوم بين مصلحة التليفونات وبين المشتركين « من قبيل التصرفات المدنية التى تباشرها الحكومة باعتبارها شخصا معنويا ولا تختص به المحكمة »[٢] فاذا كان هذا هو الشأن بالنسبة الى العقود التى تبرمها الادارة حين تدير بنفسها مرفقا تجاريا ، فان الحكم يسرى من باب أولى اذا كان العقد قد أبرم بين الملتزم بادارة المرفق العام وبين المنتفعين .

ثم ان المحكمة العليا (الدستورية) قد أرست القاعدة الأصولية فى حكمها الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ (وقد سبقت الاشارة اليه) حيث تقول : « ومن حيث ان العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص ، اذ فضلا عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق المذكورة ، ومع الأسس التجارية التى تسير عليها ، فانه يتعين لاعتبار العقد اداريا أن تكون الادارة بوصفها سلطة عامة طرفا فيه .. » (العبارة التى سبق ايرادها) .

---

(١) حكم التنازع الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٣ فى قضية «Société béthunoise» المجموعة ص ٣٢٢ .

(٢) مجموعة أحكام المجلس ، السنة الثالثة ، ص ٣٠٢ .

القسم الثانى

فى ابرام عقود الادارة

وندرس فى هذا القسم :

أولا : كيفية اختيار الادارة للمتعاقد معها .

ثانيا : كيفية ابرام العقد .

ثالثا : سلامة وبطلان العقود الادارية .

الباب الأول

كيفية اختيار الادارة للمتعاقد

مقدمـة عامـة

١ ـ ينظم هـذا الموضوع :

أولا ـ القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (الصادر فى ٢٠ فبراير) والذى يشتمل كما ذكرنا على أربعين مادة • وقد حل هذا القانون الأخير ، محل القانون رقم ٢٣٦ لسـنة ١٩٥٤ (بتنظيم المناقصات والمزايدات) والذى عدل منذ صـدوره حتى الغائه مرات عديدة • ولقد تضمن القانون الجديد ـ كما ذكرنا ـ كثيرا من الأحكام التى وردت فى اللائحة الملغاة • والملاحظ أن مجال القانون الجديد أوسع من مجال القانون الملغى ، ذلك أن المـادة الأولى من قانون اصـدار جميع الوزارات والمصالح ، ووحدات الحكم المحلى (الادارة المحلية) ، والهيئات العامة ، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى القوانين أو القرارات الخاصة بانشائها » • وقد نصت المادة الخامسة من ذات القانون على أن « يعمل به بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشره » وهو ٢٠ فبراير سنة ١٩٨٣ كما ذكرنا • وواضح من هذا العرض أن مجال اعمال القانون الجديد أوسع من مجال اعمال القاون الملغى ، اذ يشمل جميع المصالح الحكومية ، ووحدات الادارة المحلية والهيئات العامة ، فهو يشمل الحكومة بالمعنى الواسع ، أى جميع أشخاص القانون العام •

ثانيا ـ اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسـنة ١٩٨٣ ، وقد أصدرها وزير المالية بمقتضى قراره رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ اعمالا لحكم المادة الرابعة من قانون اصدار القانون رقم ٩ لسـنة ١٩٨٣ والتى تنص على أن « يصدر وزير المالية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون ، اللائحة التنفيذية له •• » وقد صدرت هـذه

اللائحة فى ١٩٨٣/٦/٢ ونصت المادة الثانية من قرار اصدارها على أن « يلغى القرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ ، باصدار لائحة المناقصات والمزايدات والقرار رقم ١٥ لسنة ١٩٥٨ بتوحيد عمليات الشراء والقرارات المعدلة لهما ، كما يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القرار واللائحة المرفقة به · » ولقد عدلت اللائحة الملغاة ــ منذ صدورها حتى الغائها ــ عشرات المرات · وتحتوى اللائحة الجديدة على ١٢١ مادة · (بعد أن أضيفت اليها مادة جديدة بمقتضى قرار وزير المالية فى ١٩٨٧/٤/٢١) ·

٢ ــ على أن التشريعات السابقة هى القانون العام فى هذا الموضوع ، تطبق أحكامها فى كل حالة لا يرد فيها تشريع خاص ، فاذا وجد هذا التشريع الخاص ــ سواء قبل التشريع السابقة أو بعدها ــ فأنه يطبق وفقا للقاعدة المسلم بها من أن الخاص يقيد العام ، على أن تكمل أحكام التشريعات الخاصة بالأحكام الواردة فى التشريعات السابقة · ومن القوانين الصادرة فى هذا المجال ــ على سبيل المثال ــ القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها · أما الاستثناءات من لائحة المناقصات والمزايدات فهى كثيرة · فالظاهرة الملموسة فى الادارة المصرية منذ قيام الثورة ، هى الاكثار من الهيئات والمؤسسات العامة ، لما تنطوى عليه هذه الطريقة من مرونة فى الادارة على أساس فكرة اللامركزية المرفقية · واستنادا الى فكرة اللامركزية السابقة ، والتى تسمح للمرفق الذى تطبق عليه بأن يتبع نظما مغايرة لما ينطبق على الادارة المركزية ، صدرت لوائح عديدة للمناقصات والمزايدات خاصة ببعض الهيئات والمؤسسات العامة الرئيسية · ومن ذلك على سبيل المثال : نظام الشراء والبيع الخاص بالهيئة العامة لشئون السكك الحديدية ، والخاص بهيئة البريد ، وبهيئة المواصلات السلكية واللاسلكية ، ولائحة الشراء والبيع الخاصة بالمجلس الأعلى للعلوم ، ولائحة المناقصات والمزايدات الخاصة بالاذاعة المصرية ، ونظام البيع والشراء الخاص بالهيئة العامة لشئون البترول ، ولائحة المبيعات

للهيئة العامة للمصانع الحربية ، ولائحة المناقصات والمزايدات للهيئة العامة لشئون المطابع ، وللهيئة المصرية للتوحيد القياسى ، ولائحة العقود الخاصة بالهيئة العامة لشئون النقل البحرى ... الخ . ومعظم هذه اللوائح متشابهة فيما بينها ، كما أنها تقوم على ذات الأسس الواردة فى لائحة المناقصات والمزايدات رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ . ولقد أبدينا فى الطبعات السابقة من هذا المؤلف رأيا نورده فيما يلى : « أن الحاجة ماسة لادخال اصلاح يقوم على أحد أساسين : فاما أن تخضع جميع المؤسسات والهيئات العامة لنظام واحد ، مع تقرير حدود معينة للاستثناء منه فى حدود تبين فى اللائحة بالنسبة الى تلك الهيئات والمؤسسات . واما أن يوضع نظام موحد لكل من المؤسسات العامة والهيئات العامة ، على أساس الفروق القائمة بين هذين النوعين ، باعتبار أن الهيئات العامة هى مرافق عامة ادارية منحت الشخصية المعنوية ، وأن المؤسسات العامة هى مرافق عامة اقتصادية منحت الشخصية المعنوية ، على ألا تتضمن هذه النظم الا الأحكام الأساسية التى لاتوجد فى النظام العام ، اكتفاء بالأحكام العامة الواردة فى اللائحة العامة ، التى تطبق على الادارة بكافة صورها اذا لم يوجد نص استثنائى . » ومنذ ابداء هذا الرأى حدث التطوران الآتيان :

أولا - ألغيت المؤسسات العامة كما ذكرنا سنة ١٩٧٥ فلم يبق الانظام الهيئات العامة .

ثانيا - أخذ المشرع فى القانون الجديد - كما ذكرنا - باخضاع جميع أشخاص القانون العام ، سواء أكانت اقليمية أو مصلحية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية ، وقد نصت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية صراحة على أن سريان أحكامها على الهيئات العامة مقيد بالايراد فى لوائحها الخاصة نص يقضى بعكس ما يرد فى اللائحة العامة ، وهو المعنى الذى أوردناه فيما سبق ، وهو مجرد اعمال للمبادىء العامة فى هذا الصدد .

ولن يتسع المقام لشرح جميع الأحكام الواردة فى هذه النظم الخاصة . ومن ثم فاننا سنكتفى بشرح الأحكام العامة الواردة فى

القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، وفى لائحته التنفيذية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ ، مع المقارنة – بقدر الامكان – مع الأحكام التى كانت مقررة فى القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (المعدل) ولائحة المناقصات والمزايدات رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ (المعدلة)الملغيان ٠

٣ – ولقد كان موضوع كيفية اختيار الادارة للمتعاقد معها ، من بين الموضوعات التى درسها المؤتمر الدولى العاشر للعلوم الادارية، والذى عقد فى مدرية فى سبتمبر سنة ١٩٥٦ ٠ وقد تكشفت اجابات الوفود عن انقسام الدول فى هذا الصدد الى فريقين :

الفريق الأول : وهى دول ليس بها اجراءات محددة للتعاقد : وتمتاز تلك الدول بوجود موظفين عموميين مختصين بابرام العقود الادارية ، يتمتعون بحرية اختيار الطرف الذى يتعاقدون معه ٠ كما أن لهم حق اسداء التوجيهات اللازمة للمتعاقدين أثناء التنفيذ ٠ وحرية هؤلاء الموظفين مقيدة اداريا عن طريق رقابة رؤسائهم ، وعن طريق وجوب احترام الاجراءات الادارية المقررة ٠ وأخيرا فهناك رقابة ديوان المحاسبة بالنسبة الى المسائل المالية ٠ ومن هذه البلاد ، بريطانيا وممتلكاتها ، وفتلندا ، وبورتريكو ، وايرلندا ، وهاييتى ٠

الفريق الثانى : وهى دول بها اجراءات محددة للتعاقد ، اذ توجد فيها تشريعات تنظم كيفية ابرام العقود الادارية ٠ غير أن هذا الفريق من الدول ينقسم قسمين :

القسم الأول : ويجعل للادارة حرية كبيرة فى اختيار طريقة التعاقد : فلها الحرية فى أن تلجأ الى الطريق المنظم ، وحينئذ يتعين عليها أن تحترم قواعده ٠ ولكن الادارة حرة فى ألا تلجأ الى تلك القيود فى بعض الحالات ٠ ومن هذا الفريق اليونان ، وهولندا ، وألمانيا الفيدرالية ، وسويسرا ، والدانمارك ٠

والقسم الأكبر : يجعل التنظيم اجباريا ، بحيث تلتزم الادارة باتباع الوسيلة المقررة قانونا ٠ ولكن من الدول من تجعل القيد عاما

يغطى جميع العقـود : ومن ذلك بلجيكا ، وشيلى ، وهنـدوراس ، والنرويج ، وفيتنام • ومنها ما يأخذ بنظام مزدوج ، فيفرض القيد فى حالات ، ويسمح بالتحرر منه فى حالات أخرى • ومن هذا القبيل اليابان والسويد ويوغوسلافيا وتركيا ولكسمبورج[١] •

٤ — والقانون الادارى المصرى — كما ذكرنا مرارا — يسير على النمط الفرنسى فى هذا الخصوص • واذا كان المذهب الفرنسى يجرى على منح الادارة سلطـات واسعة فيما يتعلق بأداء وظائفها ، فانه يضيق على الادارة الى حد كبير فيما يتعلق باختيار المتعاقد معها كما سنرى تفصيلا فيما بعد • ولما كانت عقـود الادارة تنقسم الى عقود ادارية ، تخضع لقواعد القانون الادارى ، والى عقود تخضـع للقانون الخاص ، فان تقييد حرية الادارة فيما يتعلق بابرام عقودها ، يشمل النوعين السابقين معا ، فلا يقتصر على العقود الادارية بمعناها الفنى[٢] •

٥ — ويهيمن على موضوع اختيار الادارة للمتعاقد معها اعتباران أساسيان ، يؤديان الى نتائج متعارضة :

(١) نشرت الادارة السياسية لجـامعة الدول العربية تقريرا عن أعمال المؤتمر الدولى العاشر للعلوم الادارية السابق فى ٥ مايو سنة ١٩٥٧ ، وبه تفاصيل هذا الموضوع •

(٢) جاء فى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١٤ أبريل سـنة ١٩٥٢ (القضية رقم ٧٠٢٧ لسنة ٨ قضـائية) وقد سبقت الاشـارة اليه قول المحكمة : « ومن حيث أن الأصل فى كيفية ابرام العقود الادارية والتى يشتد فيها القيد على حرية جهة الادارة عند تعاقدها ، يرجع الى أن الشارع هو الذى يستقل ببيان طريقة ابرام العقود العامة ، وهو فى هذا السـبيل يسعى الى ادراك هدفين كبيرين : الأول تحقيق أكبر وفر مالى للخزانة العامة ، وهذا يستلزم بداهة التزام جهة الادارة باختيار المتعاقد الذى يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية • والثانى مراعاة المصـلحة الادارية ، وذلك يتطلب تبعا تمكين جهة الادارة من أن تختار أكفـأ المتقدمين لأداء الخدمة التى تحرص هى على تحقيقها • » • وهى تقول فى حكمها الصـادر فى ٢٤ يوليو سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٣٨٣) أنه « وان كان من الأسس التى يقوم عليها تعاقد الادارة عن طريق المناقصات أن يخضع هذا التعاقد لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق المالية ، التى تتمثل فى ارساء المناقصة على صـاحب العطاء الأقل ، الا أنه يخضع فى ذات الوقت لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق الفنية التى تتمثل فى اختيار العطاء الأفضل الذى يكفل حسـن سير المرفق وانتظـامه ، ذلك أن العقود الادارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام » •

أما الاعتبار الأول : فمرجعه الى ضرورة المحافظة على المالية العامة ، وتوفير أكبر وفر مالى للخزانة العامة • ويترتب على هذا الاعتبار ، لو نظر اليه وحده ، أن تلتزم الادارة باختيار المتعاقد الذى يقدم أفضل الشروط المالية •

أما الاعتبار الثانى : فيضع فى المركز الأول المصلحة الفنية للادارة ، وبالتالى يمكن الادارة من اختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة بصرف النظر عن الاعتبارات المالية •

وواضح أن الاعتبار الأول يؤدى الى تقييد حرية الادارة الى مدى بعيد ، بينما ينتهى الاعتبار الثانى الى منح الادارة بعض الحرية فى اختيار المتعاقد معها • وتراعى التشريعات عادة التوفيق بين هذين الاعتبارين لحفظ المالية العامة ، مع عدم اهدار الاعتبارات الفنية • لالاعمم ضعـغععة

٦ - ولقد طور المشرع فى فرنسا فى طرق ابرام عقود الادارة فى ضوء التجربة بما نوجزه فيما يلى ، بالنظر الى العلاقة الوثيقة بين نظام العقود الادارية فى البلدين :

أولا - أصدر المشرع الفرنسى النظام الذى يطبق على جميع عقود الادارة ، بمقتضى مرسوم ١٧ يوليو سنة ١٩٦٤ ويطلق عليه تسمية «Le code des marchés publics» وسواء خضت تلك العقود للقانون العام أو الخاص • ولكن هذا المرسوم يقتصر على تحديد طرق ابرام عقود الادارة • أما الأحكام الموضوعية للعقود الادارية فانها ما تزال ذات طبيعة قضائية •

ثانيا - ميز المشرع فى الكود المنظم لعقود الادارة (١٧ يوليو سنة ١٩٦٤) بين العقود قليلة الأهمية «Les petits contrats courants» والخاصة بالأشغال العامة أو التوريد أو الخدمات ، والتى لا تزيد قيمتها على ١٨٠ الف فرنك ، وهذه العقود تبرم بلا شكليات محددة سلفا ، كما يجوز أن تبرم شفاهة (مرسوم ٨ يناير سنة ١٩٨٥) أما العقود كبيرة الأهمية ، والتى أطلقت عليها المجموعة تسمية

«marchés publics» وتشمل بصفة أساسية ، عقـود الاشغال العامة ، والتوريد ، والخدمات ، والعقود الصناعية فان ابرامها يخضع لنظام محـدد سـلفا ، تلتـزم الادارة باحتـرامه ، والا تعرض تصرفها للبطلان ٠

ثالثا : حدد المشرع الفرنسى ثلاثة طرق أساسية لابرام العقود الادارية كبيرة الأهمية وهى :

١ ـ أسـلوب المناقصـات والمزايدات بصورها المختلفة والتى تحكمها ثلاثة مبادىء أساسية وهى : العلنية ، والمنافسة ، والآلية ٠ وهى الطريقة التقليدية الرئيسية فى التعاقد ٠

٢ ـ أسلوب الدعوة الى التعاقد «L'appel d'offres» وهو أسلوب يتخلص من الآلية التى يتسم بها أسلوب المناقصـات والمزايدات ، ومن ثم تمنح الادارة قدرا كبيرا من الحرية ، ولكن فى حدود معينة ٠

٣ ـ أسلوب الاتفاق المباشر «La négociation directe» وكان يطلق عليه حتى سنة ١٩٧٦ تسمية «de gré à gré» ولكن تغيرت التسمية فى التاريخ المشار اليه الى «marchés négociés» وهذا الأسلوب يمنح الادارة فى التعاقد أكبر قدر من الحرية فى اختيار المتعاقد معها مع الاحتفاظ بمبدأى المنافسة والمساواة ٠

وفيما يلى ندرس الطريقة الرئيسية لتعاقد الادارة ، ثم نعقب عليها بالطرق التكميلية مع المقارنة بين المطبق فى فرنسا وفى مصر ، مع التنبيه الى أن أسلوب المناقصات والمزايدات بصورته التقليدية قد تراجع ، واتسع مجال الأسلوبين الآخرين لاسيما أسلوب « الدعوة الى التعاقد » لما يكفله للادارة من حرية فى اختيار المتعاقد معها ٠ ونذكر بدراستنا السـابقة فى خصـوص مدى الحرية التى يتركها المشرع فى النظم المختلفة للادارة حين تختار المتعاقد معها ٠ ونؤكد من ناحية أخرى ، بأن أسلوب المناقصـات والمزايدات ما يزال هو الأسلوب الرئيسى للتعـاقد فى مصر ٠ ومن ثم فاننا نوليه أهمية خاصة ٠

الفصل الأول

المناقصات والمزايدات العامة

١ ـ والمناقصة (أو المزايدة) هى طريقة بمقتضاها تلتزم الادارة باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطا ، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أداؤها ·

والمناقصة عكس المزايدة : فالأولى تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء ، ويكون ذلك عادة اذا أرادت الادارة القيام بأعمال معينة كأشغال عامة مثلا · أما الثانية فترمى الى التعاقد مع الشخص الذى يقدم أعلى عطاء ، وذلك اذا أرادت الادارة مثلا أن تبيع أو تؤجر شيئا من أملاكها · والأحكام القانونية للنوعين واحدة ويستعمل اصطلاح «adjudication» للدلالة عليهما معا ، ومعناه الحر فى الارساء ·

٢ ـ وبالرغم من كثرة التشريعات التى تلزم الادارة بالالتجاء الى طريقة المزايدة أو المناقصة لابرام عقودها ، فان القاعدة فى فرنسا ما تزال هى حرية الادارة فى التعاقد اذا لم يوجد نص يفرض عليها الالتجاء الى طريقة المناقصة[1] ·

وفى مصر أيضا تطبق القاعدة السابقة ، فلا تلتزم الادارة بالالتجاء الى المناقصة أو والمزايدة الا اذا وجد نص تشريعى بهذا المعنى[2] ·

---

(١) راجع جيز ، مطوله فى القانون الادارى ، الجزء الرابع ، ص ٦٩ ، وبيكينو ، المرجع السابق ص ١٩٨ ، ومطول دى لوبادير فى القانون الادارى طبعة سنة ١٩٥٣ ، ص ٤٢٦ · ومطوله فى العقود الادارية ، طبعة سنة ١٩٥٦ ، الجزء الأول ، ص ٣١٧ · وطبعته الثانية الصادرة فى ١٩٨٣ ، ص ٦٥٨ وراجع أحكام مجلس الدولة الصادرة فى ٢٤ يناير سنة ١٩١٩ فى قضية «Clauzel» المجموعة ص ٦٨ وفى ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٤ فى قضية «Dame Dejean» المجموعة ص ٣٤٦ ، وفى ٣ مايو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Société de pêche malagache» المجموعة ص ٢٥ ·

(٢) بهذا المعنى أيضا مؤلف الدكتور توفيق شحاتة ، مبادىء القانون الادارى ، =

والملاحظ فى هـذا الصـدد أن المشرع المصرى ـ سواء فى ظل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (الملغى) أو فى ظل القانون الحالى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ـ لم يفرض هذه الطريقـة بالنسبة الى جميـع عقود الادارة ، بل بالنسبة الى عقود محددة : فالمادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، تنص صراحة على أن « يكون التعاقد على شراء المنقولات ، وتقديم الخدمات ، ومقاولات الأعمال ، ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة تعلن عنها ·

ويجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السـلطة المختصة ، التعاقد باحدى الطرق الآتية : (أ) المناقصة المحددة · (ب) المناقصة المحلية · (جـ) الممارسة · (د) الاتفاق المبـاشر ، وذلك فى الحدود ووفقـا للشروط والأوضاع المبينة بهذا القانون والقرارات المنفذة له » ·

كما أن المادة ٣ من ذات القـانون تقضى بأن « يـكون التصرف بالبيع أو تأجير المقـاصف وغيرها عن طريق مزايدة عامة أو محلية أو المظـاريف المغلقة · ويجـوز عند الضرورة التصرف بالبيـع أو الايجـار دون مزايدة اذا لم تزد القيمة على الف جنية ، وذلك طبقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية ·

كما يجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السلطة المختصة التصرف بالبيع أو الايجار عن طريق الممارسة فى الحالات الآتية :

١ ـ الأصـناف التى يخشى عليها من من التلف ببقـاء تخزينها ·

٢ ـ الأصناف التى لم تقـدم عنها عروض فى المزايدات أو التى لم يصل ثمنها الى الثمن الأساسى · ٣ ـ حالات الاستعجال الطارئة التى لا تحتمل اجراءات المزايدة » ·

ومن ثم ، يكون المشرع قد فرض طريقة المناقصة العامة بالنسبة لعقود الشراء ، وتقـديم الخدمات ، والأشـغال العـامة (مقاولات

= الجزء الأول ، الطبعة الأولى سـنة ١٩٥٤ ـ ١٩٥٥ ص ٧٧٢ ومؤلف الأسـتاذ حسين درويش بعنوان « وسـائل تعاقد الادارة » طبعـة سـنة ١٩٥٦ ، ص ٢٢ وما بعدها ·

الأعمال) والنقل ، كما فرض طريقة المزايدة العامة بالنسبة لعقود البيع والتأجير « وغيرها » مما يندرج فى معناها العام ·

واذا كانت طريقة المناقصة العامة أو المزايدة العامة هى الأصل ، فان المشرع مراعاة للظروف ، قد وضع بجوارها طرقا تكميلية تتمثل فى الممارسة والاتفاق المباشر ، كما أنه لدواعى المرونة والفاعلية ، لم يخضع المناقصات والمزايدات العامة لأسلوب واحد ، بل نوع فى الأسلوب كما سنرى فيما بعد · واذا كان القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ هو القانون العام فى مجال عقود الادارة ، فان ثمة تشريعات خاصة قد تحتم على الادارة الالتجاء الى طريقة المناقصة أو المزايدة[1] · وفى جميع الحالات التى يفرض المشرع فيها على الادارة أن تلجأ الى طريق المناقصة أو المزايدة ، يكون تعاقدها عن غير هذا الطريق باطلا · أما اذا لم يكن ثمة التزام من هذا القبيل ، فان الادارة تملك أن تلجأ الى طريق المناقصة أو الممارسة ·

ولقد طبقت محكمة القضاء الادارى المبادىء السابقة فى حكمها الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٥٧ (س ١١ ، ص ١٢٨) حيث تقول : « أن التشريع المصرى لا يحتوى نصوصا عامة تبين فى شكل منتظم شروط ابرام العقود الادارية واجراءتها وأوضاعها ، ولم يصدر بالنسبة لهذه العقود — فيما عدا عقد التزام المرافق العامة — سوى بعض قواعد واجراءات خاصة بعقود التوريد تضمنتها لائحة المخازن والمشتريات المصدق عليها من مجلس الوزراء فى ٦ من يونيو سنة ١٩٤٨ ، ثم المرسوم بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٣ بتنظيم المناقصات الذى ألغى وحل محله القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم

---

(١) ومن هذا القبيل بيع الدولة لأموالها الخاصة وتأجيرها لتلك الأموال ·
راجع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ حيث حدد المشرع فى بعض مواد القانون طريقة التعاقد · فالمادة الثانية منه تنص مثلا على أنه « يتم تأجير أموال الدولة الخاصة والتصرف فيها بطريق التوزيع أو البيع بطريق الممارسة أو المزاد العلنى وفقا لأحكام المواد التالية » ·
وراجع أيضا ، حكم مجلس الدولة المصرى الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٥١ · السنة الخامسة ص ٨١٢ ·

المناقصات والمزايدات ، وتسرى أحكامه على عقود التوريد ومقاولات الأعمال أى عقــود الأشغال ومقاولات النقــل • ولا تلتزم الادارة باتباع نظام المناقصة أو المزايدة الا بالنســبة لهذه العقــود ، وفى الأحوال التى توجب عليها ذلك هذه النصوص التشريعية • ولما كان موضــوع النزاع ، والخاص بتأجير محل الشاى والمرطبات بحدائق القناطر الخيرية ، ليس من العقــود المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات فمن ثم فانه لا يخضع بطريق اللزوم وفيما يتعلق بابرامه أو اجراءاته الى نصوص هــذا القانون • فاذا أرادت الادارة أن تتبع نظام المزايدة بالنســبة له ، فانها انما تطبق المبادىء الأساسية التى تخضــع لها المزايدة العامة من حيث استهدافها الوصول الى أفضل العروض بشأن العقد المراد ابرامه ، وهى الاعلان عن المزايدة وحــرية المنافسة والمســاواة بين المتنافسين ثم استهدائها بما فى نصــوص القانون رقم ٢٣٦ لســنة ١٩٥٤ من التزام نظام محــدد بخصوص تشكيل لجان فتح المظاريف وفحص العطاءات على ألا يكون من نتيجة اتباع هذه الأنظمة تقييد حرية الادارة فى الغاء المزايدة اذا بدا لها عدم ملاءمتها ، وأن يكون لها حق الاعتراض على تنفيذها طالما أن المزايدة تهدف الى اتمام عقد يتعلق بخدمات تتصل بمرفق عام وتعاون على تسييره ، مما يستوجب أن يترك للادارة سلطة تقديرية فى ابرام العقــد ، حتى لا يفرض عليها التعــاقد اذا تبين عدم ملاءمة ذلك لظــروف تتعــلق بمصلحة المرافق العامة من الناحية الادارية والمالية » •

٣ ــ ويحدث فى العمل أن نكون أمام اتفاق مركب «convention complexe» ينتمى الى أكثر من عقــد ، فهل يخضــع ابرامه لطريقــة المناقصة أم تملك الادارة التحرر من هذه الطريقة ؟! لقد طرح هذا الموضوع على مجلس الدولة الفرنسى بخصوص اتفاق يتضمن عقد امتياز تملك الادارة ابرامه عن طريق الممارسة ، ولكنه يتضمن فى الوقت نفسه عناصر أشغال عامة وتــوريد ، يجب أن تتم عن طريق المناقصة ، فقضى المجلس بترجيح عنصر الامتياز ، الذى يقــوم على

اختيار المتعــاقد لصفاته الشخصية «Le caractère d'intuitus personae» وبالتالى أجاز ابرام الاتفاق بعناصره المختلفة عن طريق الممارسة[1] ٠ والمبدأ المستفاد من القضاء السابق ، أن ينظر الى العنصر الغالب فى الاتفاق ، وأن تتبع الطريقة التى تتفق وطبيعته ، من حيث المناقصة أو الممارسة ، حتى يمكن اسناد الاتفاق بعناصره المختلفة الى متعاقد واحد ، وهو مالا يمكن تحقيقه لو التجأنا الى أكثر من طريقة لابرام الاتفــاق المركب ٠ ولم نجد قضــاء لمجلس الدولة المصرى فى هــذا الصدد ٠ ويمكن الأخذ بالمسلك الذى انتهجه قضاء مجـلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص ٠ وهــذا هو المعنى المستفاد من فتــوى مجلس الدولة الصادرة فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٧ (سبقت) والتى اعتبرت مجمــوعة الاتفــاقات التى تمت بين الادارة وبين المتعــاقد بخصوص استصلاح وتعمير منطقة المقطم والمنتزة بمثابة عقد امتياز يخضع للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ٠ ولقد سـبق أن أشرنا الى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٩٦٩/١/٢٥ والذى قضى بأنه اذا انطوى العقد على مزيج من مقاولة الأعمال والتوريد ، فانه يسرى فى شأن كل منها ما ينطبق عليه من أحكام ٠ ولما كان العقــد مثــار المنــازعة قــد انصــب على اصــلاح الدراجــات البخــارية والموتوسيكلات ، وعلى تــوريد وتركيب ما يلزم لها من قطــع غيار جديدة وصاج وأخشاب ومشمع ومقــابض وما الى ذلك واستكمال الفوانيس والاشارات الحمراء ٠٠ الخ « ولما كان التوريد فى هــذا العقد ذا شأن محسوس من حيث قيمته وأهميته بجانب العمل ، فان العقد بهذه المثابة ينطوى على مزيج من مقاولة الأعمال والتوريد ، تقع المقاولة على أعمال الاصلاح وتنطبق أحكامه عليه ، ويقع التوريد على المواد وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها » ٠

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ يوليو سنة ١٩٢٠ . فى قضية «Marianne» المجموعة ص ٧٤٩ وقد جاء فى الحكم السابق :

«Il resulte de l'instruction que le projet d'ensemble soumis au Conseil municipal de Pau prévoyait ... la construction et le rachat de terrains voisins susceptibles de permettre l'ouverture d'une voie nouvelle et l'installation dans les bâtiments de l'ancién casino, du musée et de la bibliothèque de la ville; un projet aussi complexe, comprenant la conclusion de l'accord à intervenir avec l'exploitant de l'ancien casion, d'une part justifiait le groupemet de diverses opérations entre les mains de la même personne, et d'autre part excluait l'application des règles de l'adjudication».

٤ ـ ولما كانت المناقصات أو المزايدات العامة تقوم على مبدأ « آلية ارساء المزاد (أو المناقصة) » بتقييد حرية الادارة فى الاختيار الى أقصى حد ، فقد تكشف العمل عن عيوب المغالاة فى التقييد • ومن ثم فقد تنوعت طرق المناقصات والمزايدات بقصد منح الادارة قدرا أكبر من الحرية • وعلى هذا الأساس يميز الفقه الفرنسى بين ثلاثة أنواع من المناقصات العامة على النحو التالى :

أولا : المناقصات العامة المفتوحة «L'adjudication publique ouverte»

وهى التى يسمح بالاشتراك فيها لمن يشاء ، بعد اجراء العلانية التامة ، وتلتزم الادارة باختيار أفضل من يتقدمون فيها من حيث الشروط المالية •

ثانيا : المناقصة المقيدة أوالمحددة : «L'adjudication restreinte»

وتختلف عن المناقصة العامة المفتوحة فى تحديد من يسمح لهم بالاشتراك فيها ، فيقتصر حق الاشتراك فى هذا النوع من المناقصات على أشخاص أو بيوت تجارية معتمدة أسماؤها فى سجلات أو كشوف تقررها الجهات الفنية المختصة بالوزارات والمصالح بعد التحرى عنها ، وذلك لتميزها وكفايتها من النواحى الفنية والمالية ويدعى من لهم حق الاشتراك فى هذا النوع من المناقصات الى تقديم عطاءاتهم بواسطة خطابات موصى عليها •

ثالثا : المناقصة على أساس الموازنة بين السعر والجودة :
«L'adjudication sur coefficients»

ويقصد بهذا النوع الأخير تمكين الادارة من مواجهة الاعتبارات الفنية بجوار الشروط المالية ، فلا ينظر الى الثمن وحده ، ولكن الى جودة العينة أيضا • وعلى هذا الأساس تقدر الاعتبارات الفنية فى المشروع المطروح ، أو البضائع المطلوب توريدها ، ثم تختار الادارة من يتقدم بأفضل شروط مالية لتحقيق أفضل مشروع «Le meilleir prix pour le mielleir projet» وهى ملزمة بهذا الاختيار •

وبالمعنى السابق ، يمكن الجمع بين هذا النوع الأخير وبين أحد النوعين السابقين : فتكون المناقصة عامة أو مقيدة ، مع ارسائها على من يحصل على أعلى نسبة مئوية من حيث جودة الصنف بأقل سعر ٠

٥ - وبالرجوع الى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية نجد أن المشرع المصرى يميز بين المناقصات الآتية :

مادة ٢ : « تخضع المناقصة العامة لمبادىء العلانية والمساواة وحرية المنافسة ، وهى اما داخلية يعلن عنها فى جمهورية مصر العربية أو خارجية يعلن عنها فى مصر والخارج » ٠

مادة ٣ : « يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة فى الحالات التى تتطلب بحسب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين سواء فى داخل مصر أو فى خارجها ، على أن تكون قد ثبتت كفايتهم فى النواحى الفنية والمالية وأن تتوافر بشأنهم شروط حسن السمعة » ٠

مادة ٤ : « يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمتة على أربعين ألف جنيه ، ويقصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة الادارية المختصة التعامل معهم »

وتلجأ الادارة الى كل نوع من هذه الأنواع فى الحالات التى يفرضها المشرع ، فالادارة ليست حرة فى أن تختار المناقصة التى تريدها ٠

وفيما عدا ما تستلزمة طبيعة كل نوع من أنواع المناقصات السابقة ، فانها تخضع لأحكام عامة واحدة ٠

٦ - وبصرف النظر عن التفاصيل ، فان تعاقد الادارة عن طريق المناقصات العامة يمر بالمراحل الآتية : (أ) التقدم الى المناقصات العامة ٠(ب) فحص العطاءات ٠(جـ) ارساء المزاد ٠(د) ابرام العقد٠

ونعرض فيما يلى لكل خطوة من هذه الخطوات :

المبحث الأول

التقدم الى المناقصات العامة [1]

تقوم المناقصات العامة على أساس المنافسة الحرة «La concurrence» والمســاواة بين المتنافسين «L'égalité entre les concurrents» مع مراعاة القيود التى ترجع الى نوع المناقصة . ولتحقيق الغايتين السالفتين ، تقــرر - كقاعدة عامة - مبدأ الاعلان عن المناقصات العامة وعدم التمييز بين المتنافسين . وهو ما نص عليه المشرع صراحة فى المادة الثانية من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حيث يقرر : « تخضع المناقصة العامة لمبادىء العلانية ، والمساواة ، وحرية المنافسة ... » .

الفرع الأول

الاعلان عن المناقصات العامة

١ - وهــذا الاعــلان ضرورى حتى يكون هناك مجــال حقيقى للمنافسة بين الراغبين فى التعاقد مع الادارة ، لأن بعض الراغبين فى التعاقد قد لا يعلم بحاجة الادارة الى ذلك . ومن ناحية أخرى فان الاعلان يحــول بين الادارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المواطنين بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا . ولهذا فان مبدأ الاعلان قد ورد النص عليه صراحة فى المــادة الأولى من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ وفى المادة الأولى من القانون الحالى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات حيث تقول : « يكون التعاقد على شراء المنقولات وتقديم الخدمات ، ومقاولات الأعمال ، ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها » . وهذا الالتزام يسرى بالنسبة الى سائر العقود التى تخضع للقانون المشار اليه وقد سبق أن ذكرناها .

٢ - أما الأحكام التفصيلية للاعلان ، فقد وردت فى اللائحــة . ووفقا للمادة ١٥ منها « يجب الاعلان عن المناقصة العامة فى الوقت

---

(١) أو المزايدات العامة بحسب طبيعة العقد .

المناسب فى الوقائع المصرية ، كما ينشر عنها مرتين فى جريدة أو جريدتين عربيتين واسعتى الانتشار ، الا اذا كانت قيمة المناقصة تزيد على خمسين ألف جنية فينشر عنها ثلاث مرات ... » ويجب الاعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والخارج .

وتحدد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل لتقديم العطاءات فى المناقصات العامة وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية ، ويجوز بترخيص من رئيس الادارة المركزية المختص ، تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الضرورة الى ذلك . ولا يسرى هذا التقصير على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا فى حالة اعادة طرحها . وتحدد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على شهر الا فى حالات الضرورة القصوى التى تحتمها طبيعة وظروف موضوع المناقصة ، وبموافقة رئيس الادارة المركزية المختص ، وتحسب مدة سريان صلاحية العطاءات اعتبارا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف على أن يتم البت فى المناقصة والاخطار فى حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات . فاذا تعذر ذلك ، فعلى الجهة الادارية أن تطلب فى الوقت المناسب الى مقدمى العطاءات قبول مد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم الى المدة اللازمة (مادة ١٦) .

هذا عن المناقصات العامة . أما عن المناقصات المحدودة ، فوفقا للمادة ٣٧ من اللائحة ، تجرى الدعوة لتقديم العطاءات بموجب كتب موصى عليها بعلم الوصول تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرهافى الاعلان عن المناقصة العامة . كما يجوز الاعلان عنها باذن من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص عند الاقتضاء ، وفى هذه الحالة يجب أن تتبع ذات اجراءات النشر عن المناقصة العامة . هذا وقد أوجبت المادة ٣٨ من اللائحة أن تجرى المناقصة المحدودة بين أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة ، والمقيدين بسجل المقاولين والموردين .

وبخصوص المناقصات المحلية ، فقد أوجبت المادة ٤١ من اللائحة الجديدة أن توجه الدعوة الى أكبر عدد ممكن من الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة التعامل معهم من المقيدين بالسجل الخاص بذلك . ويجوز توجيه الدعوة الى غير المقيدين بهذا السجل بقرار من سلطة الاعتماد المختصة .

ولا شك أن طريقة الدعوة الى التقدم الى المناقصة أو المزايدة عن طريق خطابات مسجلة ، أنجع فى العلم من طريقة النشر فى الصحف والتى تقوم على مجرد قرينة افتراضية بالعلم .

٣ ـ ويجب أن يبين فى الاعلان الجهة التى تقدم اليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها ، والصنف أو العمل المطلوب ، وقيمة التأمين الابتدائى والنهائى ، وثمن النسخة من شروط العطاء ، وأية بيانات أخرى تراها جهة الادارة ضرورية لصالح العمل (مادة ١٥ من اللائحة) ولكى يؤدى النشر الغرض المقصود منه ، من اعطاء الأفراد فرصة كافية للتفكير الهادىء فى التقدم الى المناقصات العامة ، أوجبت اللائحة أن تعد كل جهة ـ قبل الاعلان عن المناقصات أو المزايدات ـ كراسة خاصة بشروط العطاءات وقوائم الأصناف أو الأعمال وملحقاتها يتم طبعها وتوزيعها ـ بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها ـ على من يطلبها وفقا للقواعد وبالثمن الذى تحدده الجهة الادارية بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية لكراسة شروط العطاءات والمواصفات وكافة المستندات الملحقة بها ، مضافا اليه نسبة مئوية لا تزيد على ٢٠٪ كمصروفات ادارية ، وتترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات فى حالة المناقصات الخارجية ، مع ذكر أن النص العربى هو المعول عليه فى حالة الخلاف أو الالتباس فى مضمونها . (مادة ١٧ من اللائحة الجديدة والتى تقابل المادة ٢٦ من اللائحة الملغاة) .

٤ ـ والمسلم به أن الشروط التى يتطلبها المشرع فى الاعلان ملزمة للادارة ، فيتعين عليها احترام أوضاع الاعلان من حيث المدد ،

وكيفية اجـرائه ، وعدد مراته ، والا ترتب على ذلك بطـلان المزاد (أو المناقصة) ٠ وعلى هذا يسير قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، فقد حكم ببطـلان المزاد اذا لم يتم الاعلان بالطريقـة التى نص عليها القانون وهى اللصق على اللوحات المعدة لذلك[1]
«La publication par voie d'affichage»

وكذلك الشأن اذا لم تحترم الادارة المدة المقررة للاعلان[2] ، أو اذا لم تسلم لأحد المتقدمين الشروط الكاملة للمناقصة[3] ٠ ولكن مجلس الدولة الفرنسى قد تابع فى هذا المجال خطته فى التمييز بين الأشكال الجوهرية «Les formalités substantielles» والشكليات غير الجوهرية «Les f. accessoires» فمن الشكليات غير الجوهرية والتى لم يرتب عليها البطلان ، حالة اغفال الادارة تضمين الاعلان السلطـة التى تجرى المزاد[4] ، وحالة حـدوث خطأ فى الأرقام من السهل أن يتنبه اليه المتقدم[5]٠وهذا هو المعنى الذى توخاه المشرع المصرى حينما أضاف الى المادة رقم ٢٣ من اللائحة (الملغاة) الفقرة التى بمقتضاها يجوز للوزير المختص ــ بعد موافقة لجنة البت ــ النظر فى التجاوز عن مخالفات النشر التى لم تتم وفقا للتنظيم الذى وضعته اللائحة ، وفى ضوء ظروف المناقصة وأثر النشر بالنسبة لعدد العطاءات المقدمة فيها ٠ وغنى عن البيان أن الوزير يمارس هـذا الاختصاص تحت رقابة القضاء الادارى ٠

---

(١) حكم المجلس الصـادر فى ٢٦ مارس سـنة ١٩٣١ فى قضـية «Helbing» المجموعة ص ٣٧٧ ٠

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٧ أبريل سـنة ١٩٢٢ فى قضـية «imprimerie commerciale» المجموعة ص ٢٤٩ ٠

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٠ يونيو سنة ١٩٣٢ فى قضية «Bigot» المجموعة ص ٥٧٢ ٠

(٤) حكم المجلس الصـادر فى ٢٥ يوليو سنة ١٩٣٩ فى قضـية «Gantron» المجموعة ص ٥٢٩ ٠

(٥) حكم المجلس الصـادر فى ١٨ يناير سـنة ١٩٢٩ فى قضية «Com de Beausoleil» المجموعة ص ٤٢ ٠
وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية «Laurensson» المجموعة ص ١١٥١ ٠

ثم ان الادارة ، اذا ما احترمت طريقة الاعلان المنصوص عليها قانونا ، فلا ضير عليها في أن تلجأ الى طرق اعلان أخرى ترى أنها أفعل فى نقل رغبتها الى الأفراد ، كالاعلان فى الراديو أو التليفزيون أو السينما .. الخ[1] .

الفرع الثانى

المساواة بين المتنافسين

تقوم المناقصات العامة المفتوحة ـ وكذلك الأنواع الأخرى من المناقصات فى خارج ما تفرضه طبيعتها من قيود ـ على أساس عام ، هو المساواة بين المتنافسين ، بمعنى أن لكل من يملك قانونا أن يتقدم الى المناقصات العامة ، الحق فى الاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقى المتنافسين ، وليس للادارة أن تقيم أى تمييز غير مشروع بين المتنافسين . غير أن هذا المبدأ العام ترد عليه قيود متعددة ، ترجع الى اعتبارات مختلفة نجملها فيما يلى :

أولا ـ طبيعة المناقصة : فالمناقصات المحدودة أو المحلية بطبيعتها مقصورة على أفراد معينين كما ذكرنا فيما سبق ، وبالتالى تكون المنافسة بين من لهم حق الاشتراك فيها دون غيرهم . ومن هذا القبيل أيضا القيود التى فرضها المشرع حديثا نتيجة للسياسة الاشتراكية للدولة من قصر التعاقد بالنسبة لعقود معينة على شركات القطاع العام أو الشركات التى يساهم فيها القطاع العام بنسبة معينة ، أو منحها أولوية فى التعاقد . ومن أحدث ما تقرر فى هذا الصدد ، المادة ٤ مكررا المضافة الى اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات فى ١٩٨٧/٤/٢١ ، والتى تقرر « يجب أن تتضمن شروط التعاقد ـ بالنسبة الى الحالات التى تستلزم نقل البضائع بحرا ـ النص على أن يتم النقل عن طريق الشركة المصرية لأعمال النقل البحرى ، ويكون الاستثناء من ذلك بموافقة وزير النقل البحرى أو من يفوضه » .

---

(١) مطول دى لوبادير فى العقود الادارية ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦ .

ثانيا — لما كانت العقود الادارية مرتبطة أشد الارتباط بالمصلحة العامة ، فان من واجب الادارة أن تتأكد مقدما من صلاحية المناقصين أو المزايدين ، فيتعين على هؤلاء أن يثبتوا قيامهم فى عهود قريبة بأعمال تشبه فى نوعها الأعمال المطروحة فى المناقصة أو المزايدة ، حتى لا تتعاقد الادارة مع بعض المغامرين فتضار المصلحة العامة • والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن للادارة سلطة تقديرية فى هذا المجال[1] •

وتحرص محكمة القضاء الادارى على ابراز هذا المعنى فى أحكامها الكثيرة ، والتى منها حكمها الصادر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ والذى تقول فيه : « من المبادىء الأساسية التى تخضع لها المناقصة العامة الاعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين • والمقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد فى التقدم للمناقصة العامة دون منع الادارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه فى التنافس للوصول الى ارساء العطاء عليه ، باجراء سواء أكان عاما أم خاصا • الا هذا المبدأ الطبيعى يحد من اطلاقه قيدان : أولهما : يتعلق بما تفرضه الادارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمين يتقدم للمناقصة • وثانيهما : يتعلق بما تتخذه الادارة من اجراءات وهى بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال مستهدية بذلك ألا يتقدم للمناقصة الا الصالحين من الأفراد والقادرين منهم ، فتوفر بذلك كثيرا من الجهد والوقت على لجان الفحص والبت • وقرارات الحرمان التى تصدرها الادارة فى هذا الخصوص تجد سندها ومصدرها فيما للادارة من سلطة وضع مثل هذه القواعد التى تنظم أعمال المناقصة •

« ومن حيث أن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الادارى ، ويجوز الطعن فيها أمامه بالالغاء لاساءة استعمال السلطة اذا كان القرار قد صدر متنكبا الصالح العام أو لأسباب

---

(١) مطول دى لوبادير فى العقود ، المرجع السابق ، ص ٢٧٠ وما بعدها •

لا تتصل به كالأسباب السياسية مثلا ، كما يجوز الطعن بالالغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان أو لعدم صحة هذه الأسباب ... وكما يجوز اصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء بسبب العجز فى تنفيذ التزام سابق ، يجوز أيضا استبعاد بعض الأشخاص الغير مرغوب فيهم بما يتجمع لدى الادارة من تقدير عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الادارة فى عمل ما ، وذلك كاجراء وقائى تمليه غيرة الادارة لتهيئة الجو الصالح للمناقصة ... »[١] .

وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة بسلامة استبعاد شخص لما ثبت للبلدية من أنه على صلة بشركة أساءت فى تنفيذ بعض العمليات ، وأن قدراته الفنية والمالية لمواجهة العمليات محل شك كبير[٢] . كما قضت بصحة استبعاد آخر من الدخول فى المزايدات ، لأنه كان يتخذها ذريعة للتنقل الى مركز الشط بقصد تسهيل مهمته فى تهريب المخدرات والأسلحة[٣] .

ولتمكين الادارة من ممارسة حقها السابق ، فرضت المادة ٥٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والتى تقابل المادة ٣٧ من لائحة المناقصات الملغاة) على مقدمى العطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا فى كتاب مستقل يرافق العطاء قيمة الأعمال ، ونوعها وتاريخها ، التى قاموا بها للحكومة والهيئات العامة وشركات

---

(١) القضية رقم ٢٩٤٦ لسنة ٧ قضائية . (السيد بهجت سليمان ضد وزارة الأشغال) وقد أكدت كل هذه المعانى المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ مايو سنة ١٩٥٩ ، السنة ٤ ص ١٢٥٤ .

(٢) حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ، مجموعة أحكام محكمة القضاء الادارى ، السنة العاشرة ، ص ٥٤ .

(٣) حكمها فى ١٠ مارس سنة ١٩٥٤ ، السنة الثامنة ، ص ٩٢٥ . كما تقول فى حكمها الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩٥٦ (السنة العاشرة ص ٢٧١) « وأن للوزارة الحق — وهى بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها — فى أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال وقرارها فى هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية ... » .

القطاع العام • فاذا كان لم يسبق لهم القيام بأعمال من هذا القبيل ، فعليهم أن يقدموا الى جهة الادارة ما يثبت قيامهم فى عهود قريبة بأعمال تشبه فى نوعها الأعمال المطروحة فى المناقصة ومواقعها ومجموع قيمتها وتواريخ اتمامها ، وعليهم عمل التسهيلات اللازمة لمندوبى جهة الادارة لمعاينة تلك الأعمال ، وتقديم كافة البيانات والمستندات التى تثبت قيدهم فى مكاتب أو سجلات خاصة وفقا للقوانين أو القرارات التى تنظم ذلك •

ثالثا : ولضمان جدية التقدم الى المناقصات العامة ، يلزم المشرع المتنافسين بتقديم تأمين مؤقت لا يقل عن ١٪ من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ، ولا يقل عن ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك (المادة ١٩ من القانون) ويعفى من التأمين المؤقت (والنهائى) الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها ، ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة ، بعد موافقة لجنة البت ، اعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى اذ طلبت فى عروضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم ، « ويجب أن يكون قرار الاعفاء مسببا » (المادة ٢١ من القانون) ولعل المشرع وضع فى اعتباره أن وضع الجهات المشار اليها فى المادة يجعل احتمال عدم الجدية فى التقدم للمناقصات والمزايدات العامة مستبعدا ، وذلك بالنسبة للعطاءات التى تقدم منها بصفة أصلية • أما اذا تقدمت بصفتها وكيلة عن شركات أجنبية ، فان فتوى ادارة الفتوى والتشريع لوزارة الخزانة (رقم ٤٦٨ فى ١٩٦٦/٧/١١) ترى وجوب دفع التأمين • وهو اجتهاد سليم •

وهذا التأمين ، وفقا للمادة ٦٨ من اللائحة ، يكون نقدا ويجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى جهة الادارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء • ولا يجوز

أن يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة . « ويجـوز أن تقدم كفالة بقيمة التأمين اذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيها » (مادة ٦٨ من اللائحة) .

ما أثر عـدم تقـديم التأمين المؤقت ؟ بالرجـوع الى الأحـكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى – فى ظل القانون الملغى ولائحته التنفيذية – نجد أن المحكمة قد أصدرت أحكاما متعارضة فى هـذا الخصوص : فهى تقرر فى حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ أنه يجوز للادارة وفقـا للائحة المخازن والمشتريات أن تتساهل فى أمر التأمين المؤقت ، فتقبله بعد فتح المظاريف « ... هذا فضلا عن أن التأمين المؤقت مقرر سداده لضمان جدية العطاء . فهو بهذه المثابة مشروط تقديمه حفظا لصالح الوزارة . ومن ثم لا يجوز أن يستند الى هذه الواقعـة من رفض عطـاؤه »[١] . أما فى حكمها الصـادر فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ فتقول : « ومن حيث ان الالتزام بتقديم التأمين المؤقت يعتبر من الشروط الجوهرية التى يحتمها مبدأ المساواة بين المتناقصين وذلك ضمانا لجدية العطاءات ، فاختصاص جهة الادارة فى هذه الحالة يكون مقيـدا ، ويكون بالتـالى ما قررته لجنة فتـح المظاريف من استبعاد عطاء ... موافقا للقانون»[٢] .

ولقد حدث تحول مضاد فى قضاء المحكمة الادارية العليا : فهى فى حكمها الصادر فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٠ (السنة ٦ ص ١٣٩) تؤكد أن التأمين الابتدائى يقصد به تحقيق أمرين : جدية العطاءات والمساواة بين المتناقصين ، ويترتب على ذلك أنه اذا لم يقدم التأمين الابتدائى ، فانه من المتعين عدم الألتفات الى العطاء واسـتبعاده ، فاذا قبلت الادارة عطاء لم يصاحبه التأمين يكون قبولها غير صحيح ولا ينتج أثرا .

---

(١) السنة العاشرة ، ص ١١٢ .

(٢) القضية رقم ١٠٥٨٧ لسنة ٨ قضائية ، السيد عوض الله ابراهيم ضد هيئة السكة الحديد ، ووزارة المواصلات . وفى الموضوع قضت المحكمة بالتعويض استنادا الى هذا السبب .

أما فى حكمها الصــادر فى ٨ مارس سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٤٣٧) فهى تورد قاعدة عكسية حيث تقول : « ان قضاء هذه المحكمة قد جــرى على أن ايداع التأمين المؤقت من مقــدم العطاء فى الوقت المحدد شرط أساسى للنظر فى عطائه ، وهذا الشرط مقرر للصالح العام دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته ، اذا ما اطمأنت جهــة الادارة الى ملاءمة مقدم العطــاء . ومن ثم فانه لا يقبل من مقــدم العطــاء التحــدى بأنه لم يدفع التأمين المؤقت ما دام أن التأمين غير مشروط لمصلحته . وبناء على ذلك فان ما ذهب اليــه الحكم المطعون فيه من ضرورة استبعاد العطاء لأنه لم يكن مصحوبا بالتأمين المؤقت ، دون أن يكون لجهة الادارة الحق فى قبوله ، أمر غير سديد لتعارضه مع اعتبارات المصلحة العامة » .

وهذا القضاء الثانى يتعارض تماما مع مبدأ مساواة المتناقصين ومع صريح نص المادة ٤٨ من اللائحة ، التى توجب ـ كما رأينا ـ « عدم الالتفات » الى العطاءات غير المصحوبة بتأمين مؤقت كامل . واذا كان قضــاء المحكمة الادارية العليا الجديد من شــأنه أن ييسر على الادارة ، فانه قــد يفتح بابا للتحايل ، بتعمد البعض تقــديم عطــاءات غير مصحوبة بتأمين نقدى ، جسا للنبض من حيث أسعار العطاءات . كما أن الادارة وفقا لهذا القضاء ، تستطيع أن تتمسك بعــدم تقديم التأمين المؤقت لاستبعاد بعض العطاءات ، ولو كانت الأفضــل ، دون أن يكون فى وســع المناقص أو المزايد أن ينتقــد موقفها ، مما يجعل موقف الادارة أقرب الى السلطات المطلقة ، منه الى السلطة التقديرية عملا . ولهــذا فاننا كنا ـ وما زلنا ـ نؤيد قضاءها الأول الذى عدلت عنه .

رابعا : ويمنع بعض الأفراد من الاشتراك فى المناقصات العامة كعقوبة وذلك فى أحوال مختلفة أهمها :

(أ) سبق التعاقد معــه واخلاله بالتــزاماته التعــاقدية اخلالا

جسيما[1] • وقد نصت المادة ٨٥ من اللائحة الملغاه على حالتين من هذه الحالات يتعين فيهما استبعاد المتعاقد المخطىء من التعاقد مع الادارة مستقبلا وهما :

١ — اذا استعمل المتعهد الغش أو التلاعب فى معاملته مع المصلحة أو السلاح ، فحينئذ يشطب اسمه من بين المتعهدين وتخطر وزارة الخزانة بذلك لنشر قرار الشطب ، ولا يسمح له بالدخول فى مناقصات حكومية ، هذا علاوة على ابلاغ أمره للنيابة عند الاقتضاء •

ونظر لخطورة الآثارة المترتبة على الغش ، فان المحكمة الادارية العليا تتشدد فى تحديد مواصفاته ، فهى تقول فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ص ١١٠٠) « ان مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشا أو تلاعبا يدعو الى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الادارة ، اذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى فى حقيقة الشىء المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التى جرى التعاقد عليها ، ففى هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب • كذلك فان مجرد مخالفة

---

(١) قد ينص على هذا الجزاء صراحة فى دفاتر الشروط ، ويعلق كجزاء على ارتكاب أخطاء معينة ، وحينئذ لا يطبق الجزاء الا اذا تحققت تلك الأخطاء المحددة • حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٤ يوليو سنة ١٩١٤ فى قضية «Jouffret» المجموعة ص ٩٤١ • فاذا لم يرد نص من هذا القبيل فى العقد ، فان الادارة تملك أيضا استبعاد من سبق التعاقد معه وأخطأ فى تنفيذ التزاماته ، ولكن يجب أن يثبت هذا الخطأ ، بمعنى أن قيام الخطأ من عدمه لا يترك لتقدير الادارة المطلق ، وانما تمارسه تحت رقابة القضاء • أحكام مجلس الدولة الفرنسى الصادرة فى ١٣ يونيو سنة ١٩١٣ فى قضية «Surhomme» المجموعة ص ٦٨٣ وفى ١١ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية «Lorenzo» المجموعة ص ٣١٥ ، وفى ١٣ مارس سنة ١٩٣٧ فى قضية «Jac» لمجموعة ص ٣٢٣ • ولا يراقب القضاء مجرد قيام الخطأ المدعى بقيامه ، بل اقب أيضا جسامته ، حكم المجلس الصادر فى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٩ فى قضية «Fribou..» المجموعة ص ٢٢٤ •

المواصفات فى الكمية الفعلية التى قام المدعى بتسليمها الى العمال فى محله ، وفى الظروف التى تم فيها هـذا التسليم لا يعد تلاعبا ، ذلك أن التلاعب الذى يجاوز الاهمال ، ولا يرقى الى مرتبة الغش ، والذى يتعذر حصر مختلف أساليبه ، وشتى صوره ، يفترض اتيان المتعهد أعمالا تنم عن عدم التزام المتعهد الجادة فى تنفيذ التزاماته ، ومحاولة ايجـاد الثغرات للتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعـة على حسـاب المصـلحة العامـة التى يسـتهدفها العقـد الادارى » ٠

وغش من يستعين بهـم المتعاقد لا يستفاد منه بالضرورة غش الأصيل ٠ وقـد أرست المحكمـة الادارية العليا هـذا الأساس فى سلسلة أحكام تتصل بمتعهد توريد ألبان يقيم فى القاهرة ويتـولى مساعدوه توريد الألبان التى يتعاقد عليها فى جهات متعددة ٠ وقد لجأ هؤلاء المساعدون الى الغش ، وحكم عليهم جنائيا ، وبرىء الأصيل لعدم علمه وحسن نيته ٠ فلما لجأت الادارة الى شطب اسمه من سجل الموردين ، لم توافق المحكمة الادارية العليا وقـررت : « انه يتعين لوصم المتعاقد مع الادارة بالغش فى تنفيـذ التزاماته ٠٠ ن يثبت سوء نيته أى علمه بما يشوب الأصناف التى يوردها من غش ٠ وانه وان يكن هذا العلم مفترضا فى المتعاقد مع الادارة ، الا أنه متى كانت ظروف الحال تنفى هـذا العلم عن المتعهد ، فانه لا يسوغ وصـمه بالغش ٠ وظروف الحال التى تنفى هذا العلم كما قد تستفاد مما قد يصدر من أحكام جنائية فى شأن ما نسب الى المتعهد من غش ، تستفاد أيضا مما قد يرى فى الأوراق متعلقا بمدى حسن نية المتعاقد فى تنفيذ التزاماته التى يتضمنها التعاقد بصـفة عامة ، وحجم التعاقـد فى ذاته ، وتعدد التزاماته الواردة به ٠ »[1] (حكمها فى ١٤ مايو سنة

---

(١) وبعد أن استعرضت المحكمة ظروف الوقائع بالنسبة الى المتعاقد ، وما صدر من أحكام جنائية بالبراءة ، وكميات الألبان الموردة وقيمتها ١٢٦٤٠ جنيها ، وضآلة حالات الغش قالت : « فالقول بافتراض علم المدعى بالغش الذى وقع بالألبان الموردة فى التواريخ المحددة ، أمر تنفيه ظروف الحال وظروف الدعوى ٠٠ لاسيما اذا وضع فى الاعتبار استحالة قيام المتعاقد بنفسه بتنفيذ العقد ماديا » ٠

١٩٦٦ س ١١ ص ٦٥٨ ، وبنفس المعنى حكمها فى ١٦ مايو سنة ١٩٧٠ س ١٥ ، ص ٣٢٤ وفى ١٦ يناير سنة ١٩٧١ ، س ١٦ ص ١٥١) ٠

وشطب المتعاقد للغش ، لا يستلزم بالضرورة رفض الصنف المورد ، ذلك أن نص المادة ٨٥ من اللائحة (الملغاة) — كما تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (سبق) — « لا يحرم الادارة حقها فى شطب اسم المتعهد الذى يستعمل الغش أو التلاعب فى حالة ما اذا لم تر فسخ العقد ، وقبلت الأصناف المخالفة ٠٠٠ فانه يبقى لها دائما حقها فى استبعاد من لا يتمتع بحسن السمعة من قائمة عملائها ، ذلك الحق الأصيل الذى لم يخل به نص المادة ٨٥ ٠٠ باعتبار أن استعمال الغش أو التلاعب دال بذاته على عدم تمتع المتعهد بحسن السمعة ، ويبنى على ذلك أن الشطب لا يغنى فى حالة تنفيذ العقد عن توقيع الجزاءات الأخرى على المتعهد » ٠

٢ — اذا ثبت على المتعهد أو المقاول أنه شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الحكومة أو مستخدميها أو عملائها أو التواطىء معه اضرارا بالسلاح أو بالوزارة فيشطب اسمه من بين المتعهدين ، وتخطر وزارة الخزانة بذلك لنشر قرار الشطب مع اتخاذ الاجراءات القضائية ضده ٠

وهاتان الحالتان على سبيل المثال لا الحصر ٠ ولهذا فقد قررت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٧ فبراير سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٣٣٤) أن المادة ٨٥ فقرة ١ السابقة ليست الا مجرد تطبيق للمبدأ العام ، والقاضى باشتراط حسن السمعة فيمن يتقدم للتعاقد مع الادارة ، فبعد أن أكدت أن « ٠٠ للادارة حق أصيل فى استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ، ولها مطلق التقدير فى مباشرة هذا الحق ، لايحدها فى ذلك الا عيب اساءة استعمال السلطة » استطردت تقول فى خصوص الفقرة المشار اليها أنها « ٠٠٠ لم ترد لحرمان الادارة من حقها فى شطب

اسم المتعهد الذى يستعمل الغش والتلاعب فى حالة ما اذا لم ترفسخ العقد ، ولكنه ورد - كما تنطق عباراته - لالزام الادارة بشطب اسم ذلك المتعهد فى حالة فسخ العقد • أما اذ لم تر الادارة فسخ العقد ، فانه يبقى لها حقها فى استبعاد من لا يتمتع بحسن السمعة من قائمة عملائها ، ذلك الحق الأصيل الذى لم يخل به نص المادة ٨٥ سالفة الذكر ، فيجوز لها بمقتضى هذا الحق ، أن تشطب اسم المتعهد بسبب استعمال الغش والتلاعب ، حتى ولو لم يفسخ العقد لهذا السبب • وحاصل القول ان شطب اسم المتعهد بسبب استعمال الغش والتلاعب اذا كان واجبا فى حالة فسخ العقد ، فانه أيضا جائز اذا لم يفسخ العقد » ، وهو ذات المعنى الذى أعادت تأكيده فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (سبق) حيث توضح ، أن حق الاستبعاد لسؤ السمعة حق أصيل « لم يخل به نص المادة ٨٥ باعتبار أن استعمال الغش أو التلاعب دال بذاته على عدم تمتع المتعهد بحسن السمعة » •

على أن المشرع قد أضاف الى المادة ٨٥ المشار اليها فقرة بمقتضى القرار الوزارى رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٧ ، تنص على أنه « يجوز بناء على طلب صاحب الشأن - وبعد أخذ رأى مجلس الدولة - قيد المتعهد أو المقاول المشطوب اسمه من سجل المتعهدين ورد مبلغ التأمين أو جزء منه ، وذلك اذا انتفى السبب الذى ترتب عليه شطب الاسم أو مصادرة مبلغ التأمين ، كصدور حكم بالبراءة أو حفظ الدعوى اداريا لعدم ثبوت التهمة المنسوبة الى المتعهد أو المقاول ، على أن يعرض قرار اعادة القيد على وزارة الخزانة (المالية) لنشره على كافة الجهات » ، وهذا حكم منطقى •

(ب) اذا كان الفرد يتخذ من المناقصات والمزايدات ستارا لارتكاب أعمال لا تتفق والمصلحة العامة • ومن ذلك حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٥٤ (س ٨ ، ص

٩٢٥) والذى يقول بخصوص القرار الصادر بحرمان أحد الأفرادمن المناقصات العامة أن ذالك القرار قد استهدف وجه الصالح العام « وهو عدم اتخاذ تلك المزايدات والتعهـدات والتنقلات الى مركز الشطـ ومنه ستارا لتهرب المخدرات والأسلحة ، فلا وجه للتحـدى والحالة هـذه بأن القرار المذكور يخالف المـادة ٨٦٢ من لائحة المشتريات بحرمان المدعى من الدخول فى المناقصات ما دام أن منعه من الدخول فى المناقصات ، قد قام على ما يبرره من أسباب تتصل بالأمن العام ، وبعد اذ ظهر أن المدعى فى تقديم عطاءات بأسعار فى ظاهرها تحقيق مصلحة مادية للحكومة وقد تحمـل المدعى خسارة مادية ان هى الا ذريعة لينفذ من ورائها الى تحقيق أغراضة الخفية » • وتعتبر هذه الحالة أيضا مجرد تطبيـق لشرط حسن السمعة الذى أشرنا اليه فى الفقرة السابقة •

(جـ) كعقـوبة تبعية ، لسبق الحكم على الفرد بعقـوبة جناية ، وذلك وفقا لنص المادة ٢٥ من قانون العقوبات التى تنص أن « كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما حـرمان المحكوم عليه من الحقـوق والمزايا الآتية : أولا ـــ القبول فى أى خدمات فى الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أيا كانت أهمية الخدمة •

(د) كنتيجة لفقد الاعتبار «indignité» بسبب الحكم بالافلاس ، أو التجريد من الحقوق المدنية •

خامسا : وقد يرجع سبب المنع الى وجود الفرد فى حالة لا يمكن معها الاشتراك فى المناقصات العامـة ، ومن ذلك حالـة الموظفين العموميين[1] : لقد جاء فى المادة السابعة من اللائحة الملغاة (معدلة بقرار وزير الخزانة رقم ٨٦ لسنة ١٩٦٠) أنه :

---

(١) واستنادا الى هذه القاعدة أفتى مجلس الدولة فى ١٤ يناير سنة ١٩٥٧ (مجموعة الفتاوى ، السنة ١١ ، ص ٣٥٠) بأن شيخ البلد باعتباره موظفا عموميا لا يستطيع أن يتقدم بعطاء فى مزايدة استغلال سوق الناحية التى هو شيخ فيها • واذا تقدم فيجب استبعاد عطائه • واستطردت الفتوى تقول : « على أنه اذا حدث أن تقدم شيخ بعطائه فى مناقصة ولم تقرر الادارة استبعاده منها لعدم علمها بصفته ، =

مادة ٧ : « لا يجوز لموظفى الحكومة ومستخدميها التقدم بعطاءات فى المناقصات كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم تنفيذ أعمال ومع ذلك يجوز شراء كتب من تأليفهم سواء منهم مباشرة أو من المكتبات المودعة بها أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والنحت والتصوير ... الخ أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية • ويكون الشراء أو التكليف بالعمل الفنى من نفس الكتاب أو نفس العمل الفنى فى السنة المالية بترخيص من السلطات الآتية :

رئيس المنطقة أو الوحدة فى حدود خمسة جنيهات وبشرط الا يزيد عدد النسخ المشتراة من الكتاب الواحد على خمس نسخ • رئيس المصلحة فيما لا يجاوز ٢٥ جنيها • وكيل الوزارة فيما لا يجاوز ٥٠ جنيها • الوزير فيما لا يجاوز مائة جنيه • اللجنة المالية بوزارة الخزانة فيما يزيد عن ذلك •

على أنه بالنسبة الى الكتب الدراسية يخول السيد/وزير التربية والتعليم سلطة الموافقة على شرائها طبقا للقواعد العامة مهما تكن قيمتها •

أما اذا كان الموظف قد باع بعقد ثابت التاريخ — قبل تاريخ الشراء بستة أشهر على الأقل — حق الطبع والنشر الى مكتبة أو فرد فيكون الشراء طبقا للقواعد العامة • ويكون شراء حق التأليف أو الطبع أو النشر وفقا للقواعد التى تقررها اللجنة المالية بوزارة الخزانة • ويصدر بهذا الشراء قرار من الوزير المختص ، اذا لم تتجاوز القيمة أربعمائة جنية • وما يزيد على ذلك يكون بقرار من رئيس الجمهورية •

= ثم رسا عليه المزاد ، فان هذه الصفة لا تكون بعدئذ سببا يبرر الغاء العقد المبر معيه ، اذ أنه يبين من قانون التوظف أنه وان كان يقضى بحظر مزاولة الأعمال التجارية على الموظفين ، الا أنه لم يتضمن أى نص يقضى ببطلان العقود التى تبرم بالمخالفة لهذا الحظر ، وهذا دون اخلال بحق جهة الادارة فى محاكمة الموظف الذى يخالف هذا الحظر تأديبيا » •

وبالنسبة الى وزارة التربية والتعليم يكون شراء حق التأليف أو الطبع أو النشر وفقا للقواعد المنصوص عليها بقرار مجلس الوزراء الصادر فى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٦ . (أضيفت هذه الفقرة بمقتضى القرار رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١) .

وقد ورد هذا الحكم فى المادة ٣٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ والتى تقرر « يحظر على العاملين بوحدات الجهاز الادارى للدولة ووحدات الحكم المحلى والهيئات العامة التقدم بعطاءات أو عروض لتلك الجهات ، كما لا يجوز شراء أصناف منهم ، أو تكيلفهم بتنفيذ أعمال . ولا يسرى ذلك على شراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية ، وعلى أن يتم الشراء والتكليف فى الحدود ووفقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة . كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول فى المزايدات والممارسات بأنواعها الا اذا كانت الاشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص ، وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات غير التى يعملون بها ولا تخضع لاشراف الجهة التى يعملون بها » .

سادسا : وتشترط بعض التشريعات أن يكون المتقدم الى المناقصات العامة مواطنا ، ويكون ذلك لتحقيق اعتبارات متعددة تتعلق بطبيعة العقد ومدى السلطات التى يخولها للمتعاقد ، أو بقصد حماية المواطنين[1] . وأحيانا تفرض الادارة مقدما شرط الجنسية دون نص خاص من المشرع . وقد جرى القضاء الفرنسى فى أول الأمر على بطلان هذا الشرط[2] ولكنه عدل عن هذا المسلك واعترف بشرعية الشرط ، لا فى العقود ذات الطابع السياسى

---

(١) مثال ذلك قانون ١٨ أغسطس سنة ١٩٣٦ ، وهو يتعلق بالأعمال لتى تستهدف القضاء على البطالة فى فرنسا .

(٢) حكم محكمة المحاسبات الصادر فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ فى قضية «Montceau-les Mines» وراجع مؤلف «M. Quancard» عن «L'adjudication des marchés publics de travaux et de fournitures» رسالة مقدمة لجامعة باريس ، سنة ١٩٤٥ ص ١٣٥ وما بعدها .

أو الحربى فحسب ، وانما فى سائر العقود الادارية[١] ·

ولم يتضمن القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات العامة شرطا بخصوص الجنسية فيما يتعلق بالمتعاقد ، وان كان القانون قد تضمن ما يفيد تشجيع المصنوعات المصرية فى بعض الحالات · فقد جاء فى المادة الثامنة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المتعلقة بالتعاقد عن طريق الممارسة قولها : « كما يجوز للوزارات والمصالح الحكومية أن تشترى بطريق الممارسة وفقا لأحكام هذه المادة ما تحتاجه من منتجات الشركات الصناعية ، التى تملك الحكومة فيها أكثر من نصف رأس المال ويصدر بتعيينها قرار من وزير المالية والاقتصاد · ويسرى حكم الفقرة السابقة على الشركات التى يرى مجلس الوزراء ــ بناء على توصية وزارة المالية والاقتصاد ــ لصالح الاقتصاد القومى الاتفاق معها على شراء منتجاتها بطريق مباشر بالشروط التى يقررها » على أن المشرع قد قرن هذه الميزة بقيد هام اذ يقول : « ويكون للحكومة عند منح الاستثناء المذكور فى الفقرتين السابقتين ،حق مراقبة حسابات الشركات المذكورة من حيث المصروفات والتكاليف وتحديد أسعار البيع، وذلك طبقا للأوضاع التى يصدر بها قرار من وزير المالية والاقتصاد » ·

وقد ورد ذات المبدأ فى المادة ١٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتى تقول : « يجب ارساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا · ويعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلى أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية ، أقل سعرا اذا لم تتجاوز الزيارة فيه ١٥٪ من قيمة أقل عطاء أجنبى · ولا يجوز الخروج على حكم هذه الفقرة الا فى حالات الضرورة القصوى التى تقتضيها المصلحة العامة وبموافقة وزير المالية » · كما نذكر بحكم المادة ٤ مكررا المضافة الى اللائحة والتى توجب النقل بحرا عن طريق الشركة المصرية لأعمال النقل البحرى ، وأن يكون الاستثناء من هذا الحظر بقرار من وزير النقل البحرى أو من يفوضه ·

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية «Smith» المجموعة ص ١٠٤٠ وفى مايو سنة ١٩٣٦ فى قضية «Société de Ouest africain» المجموعة ص ٦٢٠ ·

وكان رأينا ، وما يزال ، أن الادارة اذا اشترطت توريد أصناف مصرية أو فضلت عطاءا لأنه من مصنوعات مصرية ، فان موقفها يكون سليما ، ولا يمس مبدأ المساواة بين المتنافسين . بل ان الاستغناء عن المصنوعات الأجنبية بمثيلاتها المصرية هو أمر حيوى فى مرحلة التصنيع التى تجتازها البلاد ، فان من أهم مشاكل مرحلة الانطلاق التى تمر بها مصر مشكلة التمويل ، وعدم توازن الميزان التجارى لصالحنا . ومن ثم فان سياسة الاكتفاء الذاتى من المصنوعات المحلية ، توطئة لضغط الاستيراد ليس مشروعا فحسب ، بل هو أمر حيوى . ويجب العمل من ناحية ثانية على ضرورة تنسيق التجارة بين جمهورية مصر العربية وبين الدول العربية ، حتى يمكن تقرير نوع من الأفضلية – على سبيل التبادل – للمصنوعات العربية على الأقل اذا تساوت فى الجودة والسعر مع المصنوعات الأجنبية ، فهذا ما يحتمه روح ميثاق الجامعة العربية ، والوحدة العربية[1] . ومن هذا القبيل اتفاقيات التكامل الاقتصادى التى ابرمت فى منتصف عام ١٩٨٣ بين مصر والسودان ، والتى تضمنت كثيرا من أوجه المعاملات التفضيلية للقطرين الشقيقين ، وكذلك اتفاقية تأسيس مجلس التعاون العربى بين مصر والعراق والأردن واليمن ، والتى تستهدف تحقيق أعلى مستوى للتنسيق والتعاون والتكامل بين الدول الأعضاء ، والسعى الى قيام سوق مشتركة وصولا الى السوق العربية والوحدة الاقتصادية ، والموقعة فى ١٩٨٩/٢/١٦ .

ويجب أن يلاحظ أخيرا ، أن مصر ، كدولة لما تستكمل تصنيعها بعد ، لا يمكنها – بل وليس من الصالح – أن تغالى فى شرط الجنسية فى المتعاقد ، لأن كثيرا من مشروعاتنا الكبرى تحتاج الى تعاون الفنيين الأجانب ، ومساهمة الشركات الأجنبية الكبرى فى تنفيذها[2] . ولهذا فان اللائحة قد عنيت بالاعلان عن المناقصات

---

(١) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « التطور السياسى للمجتمع العربى » .
(٢) أكدنا هذا المعنى فى الطبعات السابقة من هذا المؤلف ، وقد زادته سياسة الانفتاح الاقتصادى وضوحا .

العامة فى الخارج · ولكن ليس هناك ما يمنع الادارة من أن تشترط الجنسية العربيــة فى المتعاقد بالنسبة الى العقود التى يمكن للعرب القيام بها على وجه تام ، أو التى تتطلب اعتبارات خاصة لا يمكن أن تتوافر الا فى المواطنين ·

سابعا : حــرمت المادة التاسعة من قانون المنــاقصات والمزايدات العــامة الملغى الوســاطة فى التعاقد ، فهى تنص على أنه : « تحظر الوساطة فى التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للحكومة وحــدها من مواد ومهمات وآلات مثل القــاطرات وعربات الســكة الحديد والتليفونات والأسلحة والذخائر سواء أكان التعاقد بطريق المناقصة أم بطريق الممارسة · وكل عطاء أو عرض من هذا النوع يتم عن طريق وسيط يكون واجب الاستبعاد · ولا يسرى الحــكم المتقــدم على المتعاقد مع الحكومة اذا كان مركزه فى الخارج وكان له وكيل معتمــد فى مصر » · وقــد ورد ذات الحكم فى المــادة ٣٦ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتى تقرر « تحظر الوساطة فى التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون ، ولا يسرى ذلك على المتعاقد مع تلك الجهات اذا كان مركزه فى الخارج ، وكان له وكيل معتمد فى مصر » ·

ثامنا : الشرط الخاص بمحل الاقامة : تنص المادة ٤٠ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة على أنه « يجب أن يكون مقدم العطاء مقيما فى جمهــورية مصر ، أو أن يكون له وكيل فيها · والا وجب عليه أن يبين فى عطائه الوكيل المعتمد منه فى جمهورية مصر ، فيما رست عليه المناقصة ، وأن يبين فى عطائه العنوان الذى يمكن مخابرته فيه ويعتبر اعلانه فيه صحيحا · واذا كان العطاء مقــدما من وكيل عن صاحب العطاء فعليه أن يقدم معه توكيلا مصدقا عليه من السلطات المختصة » · ولقد ســبق أن أشرنا الى حكم المحــكمة الادارية العليا الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٨ (س ١٤ ، ص ٥٦) والذى يقرر أن هــذا الاشتراط الأخير « لا أثر له فى قيام الوكالة التى استوفت شروط انعقادها » ·

هذا وقد ورد ذات الحكم فى المادة ٥٩ من اللائحة الجديدة حيث تقرر « يجب أن يكون مقدم العطاء مقيما فى جمهورية مصر العربية أو أن يكون له وكيل فيها والا وجب عليه أن يبين فى عطائه الوكيل المعتمد منه فى جمهورية مصر العربية فيما لو رست عليه المناقصة وأن يبين فى عطائه العنوان الذى يمكن مخابرته فيه ، ويعتبر اعلانه صحيحا »[1] .

تاسعا : شرط عدم التعامل مع اسرائيل : كانت اللائحة الملغاة توجب عدم التعاقد مع من يتعاملون مع اسرائيل على النحو الذى تضمنته المادة ٤٢ منها حيث تقرر :

مادة ٤٢ ـ « على الشركات والأفراد المتقدمين بعطاءات أن يقدموا مع عطاءاتهم تعهدا بعدم اقامة مصنع رئيسى أو فرعى للتصنيع أو للتجميع باسرائيل ، ويحظر على وكلائهم تجميع منتجات اسرائيل .

ولا يكون لهم منح حق امتياز استعمال أسمائهم الى الشركات الاسرائيلية المساهمة فى شركات أو مصانع أو منشآت اسرائيلية .

كما يتعهدون بالامتناع عن التعامل مع الشركات والمؤسسات الأجنبية العامة والخاصة وفروعها وتلك التى تساهم معها ماليا أو معنويا فى الحالات التالية اذا لم تسو موقفها بما يتفق وأحكام القانون رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٥٥ ومبادىء المقاطعة خلال مدة انذارها :

١ ـ اذا أنشأت لها مصنعا رئيسيا أو فرعيا فى اسرائيل .

٢ ـ اذا أنشأت لها مصنعا للتجميع فى اسرائيل . ويشمل الحظر الشركات والمؤسسات الأجنبية التى يقوم وكلاؤها بتجميع منتجاتها فى اسرائيل .

٣ ـ اذا ثبت أن شركة اسرائيلية ما قد قامت بتجميع وحدة من

---

(١) واستطردت المادة تقول : « اذا كان العطاء مقدما من وكيل عن صاحب العطاء فعليه أن يقدم معه توكيلا مصدقا عليه من السلطات المختصة ، بالاضافة الى كافة البيانات والمستندات التى يجب عليه تقديمها وفقا لأحكام القوانين والقرارات التى تنظم ذلك » .

سلعة أو من بضاعة ما من أجزاء أو قطــع غالبيتها من انتاج شركة أجنبية معينة أو أحد فروعها ، وذلك على نطاق تجارى ، ما لم تثبت هذه الشركة الأجنبية عدم مسئوليتها عن هــذا التجميع ، وقيــامها باتخاذ الاجراءات القانونية حيال الشركة الاسرائيلية التى ارتكبت الفعل المشار اليه · ويسرى هذا الحكم اذا كانت الأجزاء المستعملة فى انتاج الوحدة تشكل نسبة تزيد على خمسين فى المائة من أجزاء هــذه الوحــدة أو كانت الآلة المحــركة للوحــدة من انتاج الشركة الأجنبية ·

٤ ــ اذا كان لها وكلاء عامون أو مكاتب رئيسية للشرق الأوسط فى اسرائيل ·

٥ ــ اذا منحت امتياز حق استعمال اسمها الى شركات اسرائيلية ·

٦ ــ اذا ساهمت فى شركات أو مصانع اسرائيلية ·

٧ ــ اذا قدمت المشورة أو الخبرة الفنية الى المصانع الاسرائيلية ·

٨ ــ اذا امتنعت عن الاجابة خلال فترة الانذار على ما يطلب منها من أسئلة تستهدف ايضاح وضعها وتحديد علاقتها مع اسرائيل ·

٩ ــ اذا تنــاولتها الأحــكام الواردة فى المادة الأولى من قانون المقاطعة رقم ٥٠٦ لســنة ١٩٥٥ المشــار اليه ، كالأحكام الخاصــة بالشركات والمؤســسات الأجنبيــة التى تعمــل لحســاب أو مصلحة اسرائيل · وعلى سبيل المثــال الشركات والمؤسسات الأجنبيــة التى تمثل شركات اسرائيلية أو تبيــع أو تروج منتجاتها داخل اسرائيل أو خارجهــا والمؤسسات الأجنبية الأعضــاء فى الغرف التجــارية الأجنبية الاسرائيلية المشتركة ·

ويستثنى من تطبيق حكم هذا البند ، المتاجر الأجنبية التى تعرض أو تروج بعض المنتجات الاسرائيلية بشرط توافر الآتى :

(أ) ألا يــكون المتجر وكيــل الشركة الاسرائيلية التى يعــرض منتجاتها أو المستورد الأساسى الحقيقى لهذه المنتجات ·

(ب) ألا يمتنع عن بيع وعرض المنتجات العربية المماثلة اذا تساوت في السعر والجودة ·

(جـ) ألا يكون المتجر فرعاً لمؤسسة منتجة أو مصدرة لبضائع يمكن تصريفها في البلاد العربية ·

١٠ ـ اذا أدخلت في منتجاتها الخاصة أدوات أو آلات من انتاج شركة محظور التعامل معها ، وذلك بعد انذارها واعطائها مهلة لاتقل عن ستة أشهر للاستعاضة عن منتجات الشركة المحظورة التعامل معها بمنتجات شركات أخرى لم تخالف مبادىء المقاطعة المقررة ، وخلال مدة الانذار ، ويسمح بادخال منتجات هذه الشركة اذا كان وضعها من باقي نواحي المقاطعة سليما مع التقيد بالقواعد الخاصة بالانذار ، وبشرط ألا تزيد الأجزاء المدخلة مع انتاج الشركة المحظور التعامل معها عن ٣٥٪ من كامل تكاليف الوحدة الكاملة ، كما يلتزمون بعدم المشاركة في الأعمال التي من شأنها دعم الاقتصاد الاسرائيلي ، علاوة على عدم تموين اسرائيل بالمواد التي تخدم مجهودها الحربي ·

وفي أحوال مخالفة هذه الالتزامات يكون من حق الجهة المتعاقدة الغاء التعاقد بكتاب موصى عليه وذلك دون اخلال بحق تلك الجهة في المطالبة بالتعويضات » ·

وبعد اتمام الصلح مع اسرائيل صدر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٠ (في ٢٨ فبراير) ونصت المادة الأولى منه على أن « يلغى القانون رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٥٥ بمقاطعة اسرائيل وجميع القوانين المرتبطة به ، كما تلغى القرارات والتشريعات الصادرة تنفيذا لأى منها » ولهذا خلا القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية من الأحكام المتعلقة بمقاطعة اسرائيل ·

عاشرا ـ وخيرا فان الدول المختلفة في الوقت الحاضر تفرض على المتقدمين للمناقصات العامة بأنواعها المختلفة شروطا لاتمت بصلة الى صالح الأعمال موضوع التعاقد مباشرة ، وانما تستهدف بها الادارة أغراضا متعددة ، أهمها الضغط على راغبي التعاقد من تلك

الشركات حتى تحترم الالتزامات التى تفرضها التشريعات الاجتماعية والعمالية «La législation sociale et ouvrière» من ضرورة التأمين على عمالها ، وتقديم الاعانات الاجتماعية ، وأداء الضرائب والرسوم المستحقة على المتعاقد ... الخ . وهذه الطريقة بمثابة ضغط غير مباشر ، وخلق جزاء على أفعال لا علاقة لها بالتعاقد . ولهذا فلا نحبذ التسليم بها فى مصر الا اذا نص عليها المشرع صراحة .

وهكذا نرى أنه رغم قاعدة المساواة بين المتنافسين ، وحقهم فى التقدم الى المناقصات العامة ، فان الادارة تتمتع بقدر كبير من الحرية فى استبعاد غير الصالحين أو غير المرغوب فيهم . والمسلم به قضائيا فى الوقت الحاضر ـ كما ذكرنا مرارا ـ أن استبعاد الادارة لأحد الأفراد من الدخول فى مناقصة أو مزايدة عامة ، هو قرار اداري منفصل «acte détachable» يجوز الطعن فيه استقلالا والغاؤه عن طريق دعوى الالغاء . وسلطة الادارة فى الاستبعاد للأسباب السابقة ـ ولغيرها ـ هى سلطة تقديرية لاتحكمية . ومن ثم فان الادارة تخضع فى استعمالها لتلك السلطة لرقابة القضاء . ويكفى أن نذكر هنا على سبيل المثال قول محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٢٩٤٦ لسنة ٧ قضائية) :
« ... ومن حيث أن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الادارى ، ويجوز الطعن فيها أمامه بالالغاء لاساءة استعمال السلطة ، اذا كان القرار قد صدر متنكبا الصالح العام أو لأسباب لا تتصل به ، كالأسباب السياسية مثلا ، كما يجوز الطعن بالالغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان لعدم صحة هذه الأسباب . على أنه يجب أن يستند الطعن الى أدلة مستمدة من أوراق الدعوى » .
وقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦١ (السنة ٧ ص ١٠٢) بعد أن أكدت حق الادارة فى استبعاد غير الصالحين للتعاقد معها لسبب أو آخر « ... ولها مطلق التقدير فى مباشرة هذا الحق لا يحدها فى ذلك الاعيب اساءة استعمال السلطة » .

الفرع الثالث

كيفية التقدم الى المناقصات وما يترتب على التقدم من آثار

١ ــ بعد الاعلان عن المناقصات أو المزايدات العامة ، يجب بطبيعة الحال ، أن تحدد مهلة معقولة لكى يفكر فيها من يريد التقدم ، وليزن عطاءه وظروفه جيدا قبل التقدم . وقد ترك القانون تنظيم هذه المدة للائحة ، فوضعت أحكامها فى المادتين ٣٠ و ٣١ من اللائحة الملغاة على النحو التالى :

مادة ٣٠ ــ « تحدد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل لتقديم العطاءات فى المناقصات العامة ، وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة فى الجريدة الرسمية .

ويجوز بترخيص من وكيل الوزارة المختص أو رئيس هيئة الامدادات والتموين المختص ، تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الظروف الى ذلك . ولا يسرى ذلك على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا فى حالة اعادة طرحها » .

مادة ٣١ ــ « تحديد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات . ففى المناقصات العامة التى لا تحتاج عيناتها الى تحليل كيميائى لا يجوز أن تزيد المدة على خمسة أسابيع فى التوريدات السنوية ، وثلاثة أسابيع فى المناقصات العامة الأخرى ، وذلك من التاريخ المعين لفتح المظاريف .

وفى المناقصات التى تحتاج عيناتها الى تحليل كيميائى تضاف المدة التى يكون المعمل الكيميائى قد حددها للانتهاء منه .

أما فى مقاولات الأعمال ، فتحدد مدة سريان عطاءاتها بحسب ظروف كل حالة ، مع مراعاة تقصيرها الى أقل حد ممكن » .

أما اللائحة الجديدة ، فقد وردت الأحكام السابقة فى المادة ١٦ منها على النحو التالى : « تحديد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل

لتقديم العطاءات فى المناقصات العامة ، وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية ، ويجوز بترخيص من رئيس الادارة المركزية المختص ، تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الضرورة الى ذلك،ولا يسرى هذا التقصير على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا فى حالة اعاد طرحها • وتحديد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على شهر الا فى حالات الضرورة القصوى التى تحتمها طبيعة وظروف موضوع المناقصة ، وبموافقة رئيس الادارة المركزية المختص • وتحسب مدة سريان صلاحية العطاءات اعتبارا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف ، على أن يتم البت فى المناقصة والاخطار فى حالة القبول فور انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات • فاذا تعذر ذلك ، فعلى الجهات الادارية أن تطلب فى الوقت المناسب الى مقدمى العطاءات قبول مد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم الى المدة اللازمة » وواضح أن المادة الجديدة قد شملت حكم المادتين الواردتين فى اللائحة الملغاة •

أما فيما يتعلق بالمناقصات المحلية ، فان المادة ١١١ من اللائحة الملغاة قد أوجبت ارسال طلبات عطاءاتها قبل الموعد المحدد لفتح مظاريفها بوقت كاف لا يقل عن خمسة أيام • وفى حالة الاستعجال ، أوجبت المادة ارسال طلبات العطاءات مع مخصوص قبل الموعد المحدد بأربع وعشرين ساعة على الأقل ، على أن تسلم بموجب ايصال مؤرخ • وقد وردت ذات الأحكام فى المادة ٤٣ من اللائحة الجديدة والتى تقرر « ترسل طلبات العطاءات المحلية الى المقاولين أو الموردين الذين تقرر جهة الادارة دعوتهم الى الاشتراك فى المناقصة بواسطة البريد الموصى عليه بعلم الوصول ، قبل الميعاد المحدد لفتح مظاريف العطاءات بوقت كاف ، لا يقل عن خمسة أيام • وفى حالة الاستعجال يجب ارسالها مع مخصوص قبل الموعد المحدد بثمان واربعين ساعة على الأقل ، وتسلم بموجب ايصال مؤرخ » •

وهذه المدد ـ بحدودها الدنيا ـ أساسية ، ومراعاتها شرط لسلامة اجراءات المناقصة ، فيجب من ناحية الأفراد أن يقدموا عطاءاتهم خلالها ، بحيث يسقط حقهم فى الاشتراك فى المناقصة اذا فوتوا المدة • ومن ناحية الادارة ، يتعين عليها أن تقبل كل طلب يصل خلال المدة المحددة • ويكفى فى هذا الصدد أن يصل العطاء قبل الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالاعلان • وقد نص على هذه الأحكام صراحة فى كل من اللائحة الملغاة واللائحة الحالية •

فالمادة ٢٠ من اللائحة الحالية تنص على أن « يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات فى الساعة الثانية عشرة ظهرا من اليوم المعين لفتح المظاريف كآخر موعد لتقديم العطاءات ••• »

كما أن المادة ٢١ من ذات اللائحة قاطعة فى أنه « لا يلتفت الى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ، ولو كان مرسلا من مقدم العطاء فى تاريخ سابق لفتح المظاريف ، على أن يراعى تقديمه فور وصوله الى رئيس اللجنة لفحصه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ، ثم يدرج فى كشف العطاءات المتأخرة ••• »

٢ ـ ويتعين على كل من يريد الاشتراك فى المناقصة المعلن عنها أن يحترم الشروط التى حددتها اللائحة والتى يمكن اجمالها فيما يلى :

مادة ٥٣ : تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم جهة الادارة والمؤشر عليه برقم قسيمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرافق له وترسل داخل مظروف مختوم بالشمع الاحمر يوضع داخل مظروف آخر ويكتب على المظروف الداخلى عبارة عطاء عن(   ) جلسة (   ) وعلى الخارجى اسم وعنوان وجهة الادارة أو الوحدة المختصة ويذكر به ما يأتى « بداخله عطاء لجلسة » ••• ويكون ارسالها بالبريد الموصى عليه خالصة الأجرة ، ويجوز وضعها داخل الصندوق المختص لوضع العطاءات • واذا أريد تسليمها لقلم محفوظات الجهة فيكون ذلك بايصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته •

ويجوز اذا كان العطاء مقدما من فــرد أو شركة فى الخارج أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بشراء كراسة الشروط والمواصفات (مادة ٥٣ من اللائحة الجديدة) ٠

ثانيا ــ على مقدم العطاء مراعاة ما يلى فى اعداده لقائمة الأسعار (جدول الفئات) :

١ ــ تكتب اسعار العطاء بالمداد بالعملة المصرية رقما وحروفا باللغة العربية ويكون سعر الوحدة فى كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عددا أو مقــاسا أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل فى الوحدة ٠

ويجوز فى حالة تقــديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية مع ذكر ما تساويه بالعملة المصرية ٠

ويجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء ٠

٢ ــ لا يجوز الكشط أو المحو فى جدول الفئات ، وكل تصحيح فى الأسعار أو غيرها يجب اعادة كتابته بالمداد رقما وحرفا وتوقيعه ٠

٣ ــ لا يجوز لمقدم العطاء شطب أى بند من بنوده أو من المواصفات الفنية أو اجراء تعديل فيها مهما كان نوعه ٠٠

واذا رغب فى وضــع اشتراطات خاصة أو اجــراء تعديلات أن يبعثها فى كتاب مرافق لعطائه على أن يشير الى هذا الكتاب فى العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبــل فتح المظاريف ، ولا يعتد بما عدا ذلك من وسائل المراسله ٠

ولا يلتفت الى أى ادعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ فى عطائه اذا قدم بعد فتح المظاريف ٠

٤ ــ اذا سكت مقــدم العطاء فى مناقصات توريد الاصناف عن تحديد سعر صنف من الاصــناف المطلوب توريدها بقائمة الاسعار المقدمة منه فيعتبر ذلك امتناعا منه عن الدخول فى المناقصة بالنسبة الى هذا الصنف ٠

أما فى مقاولات الأعمال فلجهة الادارة مع الاحتفاظ بالحق فى استبعاد العطاء أن تضع للبند الذى سكت مقدم العطاءات عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند فى العطاءات المقدمة وذلك للمقارنــة بينه وبين سائر العطاءات ٠ فاذا ارسيت عليه المناقصة فيعتبر انه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند فى العطاءات المقدمة دون أن يكون له حق المنازعة فى ذلك ٠

٥ ــ يبين فى قائمة الاسعار ما اذا كان الصنف مصنوعا فى مصر أو فى الخارج ، ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقــدم العطاء من بين متعهــدى الحكومة ٠

٦ ــ الفئات التى حددها مقدم العطــاء بجدول الفئات تشــمل وتغطى جميع المصروفات والالتزامات أيا كان نوعها التى يتكبدها بالنســبة الى كل بند من البنود ، وكذلك تشمل القيام باتمام جميع الاعمال وتسليمها لجهة الادارة والمحافظة عليها اثناء مدة الضــمان طبقا لشروط العقد ، ويعمل الحساب الختامى بالتطبيق لهذه الفئات بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملة والتعريفة الجمركية ورسوم الانتاج وغيرها من الرسوم الأخرى ٠

ثالثا ــ على مقدمى العطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا فى كتاب مستقبل يرافق العطاء قيمة الأعمال ونوعهــا وتاريخها التى قاموا بها للحكومة والهيئات العامة وشركات القطاع العام ٠ فاذا كان لم يسبق لهم القيام بأعمال من هذا القبيل فعليهم أن يقدموا الى جهة الادارة ما يثبت قيامهم فى عهود قريبة بأعمال تشبه فى نوعها الاعمال المطروحة فى المناقصــة ومواقعها ومجموع قيمتها وتواريخ اتمامها وعليهم عمل التســهيلات اللازمة لمندوبى جهــة الادارة لمعاينة تلك الاعمال وتقديم كافة البيانات والمســتندات التى تثبت قيدهم فى مكاتب أو ســجلات خاصــة وفقا للقوانين أو القرارات التى تنظم ذلك (مادة ٥٥) ٠

رابعا - يكون العطاء عن توريد الاصناف حسب عينات جهة الادارة النموذجية والمواصفات أو الرسومات المعتمدة التى يجب على مقدم العطاء الاطلاع عليها ، ويعتبر تقديمه العطاء اقرارا منه باطلاعه عليها ويتولى التوريد طبقا لها ولو رافقت عطاءه عينات أخرى ٠

على انه بالنسبة الى المنتجات الغذائية والكيماوية يكون التوريد حسب المواصفات المحددة لها،واذا لم يكن لها مواصفات يكون التوريد حسب العينات التى يطلب تقديمها مع العطاءات ، واذا كانت هذه العينات مما يفسد ولا تبقى سليمة حتى التوريد فيكون قبول التوريد على أساس مطابقة نتائج تحليلها على نتائج تحليل عينات التوريد ٠

وبالنسبة الى المنتجات الهندسية والمعدنية والكهربائية يكون التوريد حسب المواصفات دون التقيد بالعينات ، ويجوز تقديم عينات للاسترشاد بها فقط ٠

أما منتجات الغزل والنسيج فيكون قبولها وفقا للشروط والمواصفات والتجاوزات الفنية التى تقرها وزارة الصناعة ٠

واذا ما اجازت الجهة الادارية المختصة فى اعلانها تقديم عينات مع العطاءات فيجب أن تكون من حجم أو مقاس أو وزن يسمح بالفحص أو التحليل وأن تنطبق عليها الموصفات ٠

ويكون لمقدمى العينات الحق فى استردادها فى مدى اسبوعين من تاريخ أخطارهم برفضها بكتاب موصى عليه والا أصبحت ملكا للحكومة دون مقابل (مادة ٥٦) ٠

فاذا تقدم أحد الأفراد بعينات أخرى ، فيجب أن يوضح أنه يعلق قبول عطائه على أساس قبول عيناته هو ، لا عينات الادارة ٠ وبهذا المعنى صدر حكم المحكمة الادارية العليا فى ٢٦ مارس سنة ١٩٦٠ (السنة ٥ ص ٥٥٣) حيث تقول : « ٠٠٠ اذا بان من الاطلاع على أصول الأوراق أن المتعهد لم يذكر شيئا عن أسعاره المقدمة عن عيناته

التى أودعها المخازن مقابل ايصال لا ينم عن أكثر من واقعة الايداع ، وانما الثابت أن المتعهد وضع بخط يده الأسعار التى ارتضى أن يتم التوريد على مقتضاها قرين الصنفين المشروطين بعينة الوزارة النموذجية دون أى تحفظ من جانبه أو أية اشارة على أن الأسعار التى وضعها انما هى عن عينات آخرى غير عينات الوزارة ، بل انه لم يشر فى العقد الذى وقعه أن هناك عينات أخرى قام بايداعها يوم أن قدم عطاءه ووقع كراسة الاشتراطات العامة ، فجاء عطاؤه خلوا تماما من أى تحفظ أو اشتراط ، فانه اذا قررت الوزارة المدعية قبول عطاء المتعهد عن هذين الصنفين بأسعاره التى وضعها على أساس عينة الوزارة ، فان هذا القبول من جانبها يكون قد صادف ايجاب المطعون عليه والتقى به عند محله الذى لا يمكن أن يكون التوريد الا على أساس عينة الوزارة عن جميع الوحدة ٠٠ » ٠

واذا لم تحدد الادارة مواصفات لعينات معينة ، وتركت للمتقدمين أن يتقدموا بعينات من عندهم ، فان المحكمة الادارية فى حكمها الصادر فى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١١٠٠) قد أخضعت هذا النوع من التعاقد للمادة ٢٤٠ مدنى والتى تنص على أنه « اذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقا لها واذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد الآخر ، بائعا كان أو مشتريا ، أن يثبت أن الشىء مطابق للعينة أو غير مطابق » وكان موضوع النزاع ينصب على توريد بوية وفقا لعينة قدمتها الشركة ، وقبلتها الادارة ، وهلكت تحت يدها ، وادعت الادارة أن الصنف المورد لا يطابق العينة ٠ فقررت المحكمة الادارية العليا أنه « يقع عليها (الادارة) عبء اثبات ذلك ، ويكون الاثبات بجميع الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن » كما قررت أيضا أنه « متى ثبت أن المتعهد قد عرض تقديم عينة أخرى تحل محل العينة المقبولة ، واذ لاقى هذا الايجاب قبولا من القوات البحرية (جهة الادارة المتعاقدة) فان ذلك يعد اتفاقا بين الطرفين على احلال العينة التى

قدمتها الشركة محل العينة المقبولة التى فقدت بسبب خطأ وقع من طرف العقد » ٠

خامسا ــ كل عطاء مقدم من شركة يجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد تأسيسها ومن قانونها النظامى ، وعند تقديم عطاء من منشأة تجارية لاكثر من شخص واحد فيجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد المشاركة ٠ وفى كلتا الحالتين يجب أن ترافق الصورة المقدمة بيان بأسماء الأشخاص المصرح لهم بالتعاقد لحساب الشركة أو المنشأة ومدى هذا الحق وحدوده واسماء المسئولين مباشرة عن تنفيذ شروط العقود وامضاء الايصالات واعطاء المخالصات باسم الشركة أو المنشأة ونماذج من امضاءاتهم على أن تكون هذه النماذج على ذات صورة العقد أو التوكيل ٠

واذا كان العطاء مقدما من شخص طبيعى أو معنوى فيجب أن ترافق العطاء صورة من بطاقته الضريبية (مادة ٦٠) ٠

سادسا ــ يكون توريد الأصناف فى المواعيد والأماكن المبينة بقائمة الأسعار ويراعى عند وضع الأسعار بالعطاء :

(أ) اذا كان تسليم الاصناف بميناء الشحن على ظهر المركب « فوب » «F.O.B.» فيجب ان يشمل السعر المبين بالعطاء العبوات من صناديق وصفائح وبراميل واكياس وغيرها وكذا مصروفات النقل الى ظهر المركب ٠

(ب) اذا كان التسليم «C.I.F.» أى بميناء الوصول فيشمل السعر علاوة على المبين بالبند (أ) نولون الشحن البحرى أو الجوى ومصروفات التفريغ من المراكب كما يشمل رسم التأمين فى حالة «C.I.F.» وميناء الوصول ٠

وفى كلتا الحالتين اذا اشترط المتعهد فى عطائه قيام الجهة صاحبة الشأن بدفع الثمن بموجب اعتماد يفتح بواسطتها لحسابه أو لحساب عملائه فى الخارج أو فى الداخل فان مصاريف فتح الاعتماد

يتحملها المتعهد ، وعليه ان يبين فى العطاء مقـدار المبالغ المطلوب تحويلها الى الخارج مع بيان نوع العمله والجهة التى سيتم الاستيراد منها ٠

ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البت الموافقـة على تحمل الجهة بمصروفات فتح الاعتماد اذا اشترط المتعهد ذلك ، على ان يؤخذ هـذا الشرط فى الاعتبار عنـد المقـارنة والمفاضلة بين مختلف العروض من حيث الأسعار والشروط المقدمة ٠

(جـ) اذا كان التسليم بمخازن جهة الادار فيجب ان يشمل السعر علاوة على المبين بالبند (ب) رسوم الجمارك وجميع أنواع الرسـوم الأخرى والضرائب السارية وقت تقديم العطاء ومصروفات النقل الداخلى بحيث تسلم الأصناف لمخازن الجهة خالصة من جميع الرسوم والمصروفات ٠

(د) فاذا حدث تغيير فى التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل على الأصناف الموردة فى المدد الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم فى غضـون المدة المحددة له فيسرى الفرق تبعا لذلك بشرط ان يثبت المتعهد أنه ادى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعـدلة بالزيادة ٠ أما فى حـالة ما اذا كان التعـديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقـد الا اذا اثبت المتعهـد أنه ادى الرسوم على الفئات الاصلية قبل التعديل ٠

وفى حالة التأخير فى التوريد عن المواعيد المحددة فى العقد وكان تعديل فئات الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد فان المتعهد يتحمل عن الكميات المتأخرة كل زيادة فى الرسوم والضرائب المشار اليها الا اذا اثبت المتعهد أن التأخير يرجع الى القـوة القاهرة ، أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة العقد ٠ (مادة ٦٤) ٠

ثامنا ــ وأخيرا يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت لا يقل عن ١٪ من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ، ولا يقل عن ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك (مادة ١٩ من القانون) ، مع مراعاة حالة الاعفاء المقررة فى المادة ٢١ من القانون ، والتى تعفى من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام ، والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها ، وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها • ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة ــ بعد موافقة لجنة البت ــ اعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى اذا طلبت فى عروضها ذلك ،ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم • ويجب أن يكون قرار الاعفاء مسببا •

ووفقا للمادة ٦٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة ، الأصل أن تؤدى التأمينات نقدا • ومع ذلك يجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى جهة الادارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية • ولا يجوز أن يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة ، ولكن يجوز تقديم كفالة بقيمة التأمين اذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيها •

واذا كان التأمين نقدا فيؤدى بايداعه احدى خزائن الحكومة بموجب ايصال رسمى يثبت فى العطاء رقمه وتاريخه ويجوز أن تسحب حوالة بريدية بقيمته ترافق العطاء • وتحسب فائدة على هذه المبالغ •

وتقبل الشيكات على المصارف المحلية اذا كان مؤشرا عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة •

ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها اذا تبين وجود ضمانات كافية ·

واذا كان التأمين كتاب ضمان[1] وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية والا يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر جهة الادارة المختصة مبلغا يوازى التأمين المؤقت وأنه مستعد لادائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفات الى أية معارضة من مقدم العطاء ·

وعندما ترد لاحدى الجهات الادارية كفالة عن تأمين نهائى من أحد المصارف المرخص لها فى اصدار كتب كفالة أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى اقرارا على هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف فى اصدارها ·

فاذا تبين عند مراجعة الاخطارات بوزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة المختصة فورا لمطالبة المصرف بأن يؤدى اليها فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة الكفالة نقدا ·

واذا كانت الكفالة محددة المدة فيجب ألا تقل مدة سريانها عن ثلاثين يوما على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات ·

---

(١) هذا ويجب ملاحظة ما أفتت به اللجنة الثالثة للقسم الاستشارى بالفتوى رقم ١٦٨٧فى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٩ من أن خطاب الضمان عبارة عن كفالة شخصية فى حدود مبلغ معين يقدمه الكفيل وهو البنك ··· فلا يعتبر من مستحقات المدين ، وبالتالى لا يجوز الخصم منه بناء على طلب مصلحة أخرى · وما أفتت به الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بجلسة ١٩٦٠/١٢/٢٥ من أن الكفالة مقصورة على عقد بذاته وهذا يجعلها محدودة بمدة ، فلا يجوز للوزارة أن تخصم مستحقاتها من عقد آخر قبل هذا التعهد من خطاب الضمان الصادر فى شأن العقد الذى أنصبت عليه الكفالة والذى نفذ صحيحا ·

شرح لائحة المناقصات والمزايدات للأستاذ حسين درويش ، الطبعة السادسة ، ص ٥٤ هامش ٣ ·

وبالنسبة للتأمين النهائي فيكون سريان كتاب الكفالة لمدة تبدأ من وقت اصداره الى ما بعد انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر ، الا اذا اتفق على غير ذلك (مادة ٦٩ من اللائحة) ٠

٣ — ومما تقدم يتضح أن المشرع فى مصر ، اذا كان قد تطلب فى العطاءات أن تقدم طبقا للمواصفات التى تعدها الادارة ، كقاعدة عامة ، فانه قد سمح للأفراد أن يقدموا تحفظات أو اشتراطات بشرط أن تقدم فى الميعاد ٠ والملاحظ فى هذا الصدد أن الادارة كثيرا ما تجيز للمناقصين فى بعض المناقصات الهامة ، ذات الطابع الفنى ، أن يتقدموا بمشروعات فنية مرادفة «Alternative Scheme» أى مشروعات جديدة تختلف فى أصولها ومواصفاتها الفنية عن المشروع المعد بمعرفة الادارة ٠ وفى بعض الحالات الأخرى تسمح لهم بأن يتقدموا بعطاءات مرادفة «Alternative offer» بمعنى أن يتقدم المقاول بعطاء آخر مرادفا لعطائه الأصلى بسعر يختلف عن السعر المقرر للمشروع الأصلى ، لأن المشروع المرادف يتضمن تحسينا أو تعديلا فى المواصفات الفنية المقدمة من الادارة ، دون تعديل جوهرى فى المشروع الأصلى ٠

٤ — والقاعدة المسلم بها فى مصر وفى فرنسا ، أن المناقصين أو المزايدين يلتزمون بمجرد تقديم عطاءاتهم «Les soumissions» ويجرى القضاء الادارى فى فرنسا على احترام هذا المبدأ بغاية الصرامة ، فهو لا يسمح للمناقص أو المزايد بأن يسحب عطاءه قبل البت فيه ولا أن يعدله[1] ٠ أما فى مصر ، فان الأفراد يلتزمون بمجرد تقدمهم الى المناقصات أو المزايدات العامة ، ولقد قطعت فى هذا الموضوع

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ يوليو سنة ١٩١٩ فى قضية «Grande» المجموعة ص ٦١١ ، وهو يقرر أن المناقص لا يستطيع أن يسحب عرضه قبل البت فيه ٠

«A partir de la remise ainsi prévue (des soumissions) les soumissionnairec sont définitivement éngagés vis à vis de la commune, il suit de la que sieur G. ... n'est pas fondé à soutenir qu'ayant manifesté la volonté de retirer son offre le contrat n'aurait pu se former faute du concours de consentement des parties».

المادة ٥٧ من اللائحة الجديـدة ، والمقابلة للمـادة ٣٩ من اللائحة الملغاة بقولها : « يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصـديره بمعرفـة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد اسـتلامه بمعرفة جهة الادارة حتى نهاية مدة سريان العطاء المعينة باستمارة العطاء المرافقة للشروط . واذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف ، فيصبح التأمين المؤقت المودع حقا لجهة الادارة دون حاجة الى انذار أو الالتجاء الى القضاء أو اتخاذ أية اجراءات أو اقامة الدليل على حصـول ضرر (مادة ٥٨ من اللائحة الجديدة) .

وهكذا نرى أن المشرع المصرى يكون قد أقر المبدأين التاليين :

أولا – مبـدأ التزام المتقدم بعطـائه من لحظـة تقـديمه حتى لحظة البت فيه . ثانيا – جـواز العـدول عن العطـاء مقابل فقـد التأمين المؤقت بشرط أن يتم العـدول قبـل التـاريخ المعـد لفتح المظاريف . وكانت اللائحة الملغـاة تخول المناقصـين صراحة حـق خفض الأسـعار قبل التاريخ المعد لفتح المظاريف . وهو مبدأ يعمل به بلا حاجة الى نص . هذا وقد أفتت الجمعية العمومية لقسم الرأى فى ١٠ مارس سنة ١٩٦٥ (س ١٩ ، ص ٣٤٧) بأنه لا يجوز – وفقا للمادة ٣٩ من اللائحة الملغاة – لمقدم العطاء أن يزيد فى أسعاره ، ولو قبل فتح المظاريف « لأن هذه الحالة لا تندرج تحت أى من الاستثنائين المقررين على القاعدة . كما لا يجوز أن تقاس هذه الحالة على حالة العدول عن العطاء ، بمقولة ان التعديل برفع الأسعار ما هو الا عدول عن عطاء وتقـديم لعطـاء جـديد . لأنه ليس ثمة نية للانسحاب كلية من المناقصـة ، كما وأنه ليس هناك عطاءان مسـتقلان يمكن

= وجاء فى حكمه الصادر فى ٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Dame Antoine» (المجموعة ص ٩٣٩) أن المتقدم لا يستطيع أن يعدل فى عطائه أو أن يستبدل به غيره :

«A partir de la remise ainsi prévue (des soumissions) les soumissionnaires sont definitivement engagés vis à vis de la commune : il suit de là que la dame A ... ne pouvait prétendre substituer une nouvelle soumission à celle qu'elle avait régulièrement déposée».

فصل كل منهما عن الآخر ، بحيث يقال ان مقدم العطاء سحب الأول وقدم الثانى • ولو صح ذلك جدلا ، لكان العطاء الثانى (المعدل) غير مصحوب بتأمين مؤقت ، ولذلك لا يلتفت اليه ،ولا يجوز أن يقال ان التأمين المؤقت المدفوع عن العطاء الأول قد انتقل الى العطاء الثانى ، لأن الفرض أن العطاءين مستقلان ، وأن هذا التأمين قد أصبح حقا لجهة الادارة بالعدول عن العطاء الأول »[١] •

٥ ـ ويجب على الادارة من ناحية أخرى أن تبت فى العطاءات خلال المدة المحددة لسريانها • وعند انقضاء مدة سريان العطاء ، يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت • وفى هذه الحالة يصبح العطاء ملغيا ، وغير نافذ المفعول • فاذا لم يطلب ذلك اعتبر قابلا استمرار الارتباط بعطائه الى أن يصل لجهة الادارة اخطار منه بسحب التأمين وعدوله عن عطائه (المادة ٥٨ من اللائحة الجديدة) •

ومما يثار فى هذا الصدد مسألة طلب الادارة مهلة جديدة لنفاذ العطاءات : فاذا قبل المتقدمون كلهم أو بعضهم هذا المد ، فلا صعوبة فى الأمر ، اذ يلتزم القابلون بعطاءاتهم المدة الجديدة ، ولا صعوبة فى الأمر كذلك اذا رفض المتقدم نفاذ عطائه لمدة اضافية •

ولكن الصعوبة تقوم عند التزام المتقدم جانب الصمت : فكيف نفسر صمته !؟ لقد أفتى مجلس الدولة المصرى فى احدى فتاويه القديمة نسبيا ، فى ١٩٥١/١/٥ ، بأن الادارة اذا أرادت مد المدة ، وأعلنت مقدم العطاء بذلك ، وحددت له مدة معينة لابداء رأيه ،

---

(١) وقد حدث فى حالة الفتوى أن عدل أحد المناقصين عطاءه بما يزيد من السعر قبل فتح المظاريف ، وقبلت الادارة التعديل بناء على فتوى خاطئة من مجلس الدولة بجواز ذلك • فانتهت الجمعية العمومية لقسم الرأى الى أن التعاقد الذى تم « ينتج آثره ، ويترتب عليه استحقاق المتعاقد المذكور لحقوقه قبل جهة الادارة المتعاقد معها على أساس سعر العطاء بعد تعديله بالزيادة • واذا تم الوفاء الى المتعاقد المذكور على الأساس سالف الذكر ، فانه لا يجوز لجهة الادارة المتعاقد مطالبته برد الفرق بين أسعار العطاء قبل تعديله ، وأسعاره بعد التعديل » •

فالتزم موقفا سلبيا ، فان « هذا الموقف السلبى من جانب مقدم العطاء يجب أن يحمل على معنى القبول[1] » ولكن محكمة القضاء الادارى قد اتخذت موقفا آخر فى حكمين لها نعرض لهما فيما يلى :

أولا — حكمها الصادر فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٥٢٥ لسنة ١٠ قضائية) وقد جاء فيه : « ومن حيث ان العقد الادارى ينعقد بايجاب وقبول متطابقين ، شأنه فى ذلك شأن سائر العقود ٠ والايجاب فى حالة الشراء بالمناقصة يتقدم به صاحب العطاء ٠ أما القبول فانه يكون بصدور قرار من الجهة المختصة بابرام العقد باعتماد قرار ارساء المناقصة واخطار صاحب العطاء به ٠ ولا يترتب عن القبول من جهة الادارة الآثار القانونية للعقد الا اذا وصل الى علم الموجب ، ذلك لآن التراضى ، وهو تطابق الارادتين — كركن من أركان العقد — يجب التمييز فيه بين وجود التعبير عن الارادة وجودا فعليا ووجوده وجودا قانونيا ، فالتعبير يكون له وجود فعلى بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكن لا يكون له وجود قانونى الا اذا وصل الى علم من وجه اليه ٠ والعبرة فى التعبير بوجوده القانونى لأن هذا الوجود هوالذى يترتب عليه الآثارالقانونية للتعبير ٠٠ وبطبيعة الحال يجب ابلاغ القبول الى صاحب العطاء خلال المدة التى يكون ايجابه فيها قائما حسبما تحددها شروط المناقصة ٠ فاذا وصل الاخطار بقبول العطاء بعد هذه المدة ، فانه لا ينتج أثره القانونى اذ يتحلل الموجب من ايجابه بفوات الميعاد المتفق عليه ، الا أنه يجوز له رغم ذلك القبول المتأخر وعندئذ ينعقد العقد ٠

« ومن حيث ان ٠٠ الاخطار بقبول العطاء لم يقع الا بعد ميعاد الشهر المحدد فى العطاء ، وبعد أن تحلل المدعى عليه من ايجابه ، ومن ثم فان القبول لا يعتبر أنه صادف ايجابا قائما ، بل هو ايجاب جديد من جانب الادارة ولم يثبت أن المدعى عليه قبلة اذ لم يقم من

(١) فتوى رقم ١١٨٧ فى ١٩٥١/١/١٥ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة ٤ — ٥ ص ٦٩ ٠

جانبه بأى عمل لا صراحة ولا ضمنا يمكن اعتباره بمثابة قبول يتم به العقد رغم ما أرسله له السلاح من خطابات يستحثه فيها على تنفيذ العقد .

« ومن حيث انه لااعتداد بما قد يقال من أن سلاح الأسلحة أرسل كتابا للمدعى عليه .. يطلب فيه مد سريان العطاء لمدة ١٥ يوما أخرى ، وأنه عند عدم الرد خلال خمسة أيام يعتبر موافقا على الامتداد ، لا اعتداد بذلك لأن المدعى عليه أنكر وصول هذا الخطاب اليه ، ولم تقدم الوزارة ما يدل على ارسال هذا الكتاب حقيقة الى المدعى أو أنه وصل قبل تاريخ انقضاء سريان عطائه .. » .

ثانيا — واذا كانت نهاية الحكم السابق غير قاطعة فى الموضوع ، فان حكم المحكمة الصادر فى ٥ يناير سنة ١٩٥٨[١] ، يحسم المسألة بشكل قاطع ، اذ تقول المحكمة : « ومن حيث انه يتضح من الوقائع المتقدمة .. أن مدة سريان عطاء المدعى انتهت .. ولما أن كتبت له الكلية بعد ذلك للموافقة على مد المدة .. لم يرد المدعى على الكلية ، ومن ثم فان عطاءه قد انتهى فى ١٩٤٩/٧/٨ وأصبح المدعى منذ ذلك التاريخ غير مرتبط مع الكلية بأى شىء ، ولا يمكن الاستناد الى سبق موافقته على مد المدة فى المرة الأولى .. للقول بقبول مد العطاء مدة أخرى تالية . ومن ثم فتكون الكلية على غير حق اذ اعتبرت المدعى مرتبطا بعطائه ، وتبعا لذلك تكون غير محقة اذا طبقت عليه شروط العقد » .

ولكن هذا القضاء يخالف صريح نص المادة ٣٩ من اللائحة والتى تقول : « .. وعند انقضاء مدة سريان العطاء يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت ، وفى هذه الحالة يصبح العطاء ملغى وغير نافذ المفعول ، فاذا لم يطلب ، اعتبر قابلا استمرار الارتباط بعطائه الى أن يصل المصلحة أو السلاح أو الوزارة اخطار منه بسحبه

(١) القضية رقم ١١٣٨ لسنة ١٠ قضائية . السيد أحمد حسن على ضد وزارة التربية والتعليم وجامعة الاسكندرية .

التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه » . فهذه المادة قد وضعت قرينة على أن عدم سحب التأمين المؤقت يعتبر بمثابة الموافقة على قبول امتداد نفاذ العطاء . ولقد علقنا على هذا فى الطبعة الثانية من هذا المؤلف (ص ٢٥٥) بقولنا : « ولكن هذه القرينة بسيطة ، لم تغلق الباب نهائيا ، اذ سمحت للمتقدم بأن يسحب التأمين فى أى وقت قبل ارساء المناقصة فى المدة الجديدة . ولما كان المفروض علم الأفراد بحكم هذه المادة ، فان ترك المتقدم لتأمينه يمكن اعتباره قرينة على سريان عطائه خلال المدة الجديدة . ولكن هذه القرينة ذات حدين ، فهى تقيد الادارة أيضا، بحيث لا يمكنها استبعاد عطاء بحجة أن صاحبه لم يقبل صراحة المدة الجديدة ، ما دام قد ترك التأمين المؤقت . وهذا الحل الوسط مقبول ، ولا يحول — فى نظرنا — بين الأفراد وبين تضمين عطاءاتهم شرطا صريحا يرفضون بمقتضاه بقاء عطاءاتهم نافذه المفعول مددا جديدة الا بقبول صريح من جانبهم » . وبهذا المسلك أخذت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٧٧٨) فى قضية تتلخص ظروفها فيما يلى : قيد أحد المناقصين عطاءة بمدة أسبوع من تاريخ فتح المظاريف . وانقضى الميعاد الذى حدده دون أن يتقدم لاسترداد التأمين المؤقت ، فأرست عليه الادارة العطاء ، فى ذات اليوم الذى ذهب فيه لاسترداد التأمين المؤقت ، فقضت كل من محكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا بأنه ملزم بعطائه استنادا الى المادة ٣٩ من لائحة المناقصات والمزايدات التى تقضى بأن عدم استرداد التأمين المؤقت يعتبر قرينة على الموافقة على مد المدة ، وتظل المدة ممتدة الى أن يصل الوزارة ما يدل على العدول .

ولقد حسمت المادة ٥٨ من اللائحة الجديدة هذا الموضوع ، آخذة بوجهة النظر التى أبديناها ، اذ قررت التزام المناقص الذى لم يتقدم لسحب التأمين المؤقت بعطائه « الى أن يصل لجهة الادارة اخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه » .

المبحث الثانى

فحص العطاءات وارساء المزاد (أو المناقصة)

سبق أن ذكرنا أن التعاقد عن طريق المناقصة أو المزايدة يتم على مراحل ثلاث : الأولى التقدم بالعطاءات من جانب الأفراد ، والثانية فحص العطاءات وارساء المزاد ، والثالثة ابرام العقد • ولقد انتهينا فيما سبق من دراسة المرحلة الأولى • أما المرحلة الثانية فهى مرحلة تمهيدية ، تستهدف اختيار أفضل المتقدمين وفقا لنوع المناقصة (أو المزايدة) على التفصيل السابق • ويقوم بهذه العملية وفقا للمادة ١٢ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (والتى تقابل المدة الثانية من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) لجنتان هما لجنة فتح المظاريف ، ولجنة البت ، فقد نصت تلك المادة على أنه « يكون البت فى المناقصة بأنواعها عن طريق لجنتين ، تقوم احداهما بفتح المظاريف والأخرى بالبت فى المناقصة » وتبسيطا للاجراءات فان المشرع فى القانون الجديد ، اكتفى بلجنة واحدة بالنسبة للمناقصات والمزايدات قليلة القيمة ، حيث تقرر الفقرة الثانية من المادة ١٢ من القانون الجديد ، أنه « بالنسبة للمناقصات التى تقل قيمتها عن خمسة آلاف جنيه ، فيكون فتح مظاريفها والبت فيها عن طريق لجنة واحدة » •

وقد أحالت المادة ١٣ فيما يتصل بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت الى قرار يصدر من السلطة المختصة ، على أن يراعى فى تشكيلها أهمية وقيمة التعاقد « على أن تضم تلك اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية » وزادت على ذلك نصها على وجوب « أن تمثل وزارة المالية بمن تنيبه فى لجان البت اذا زادت القيمة التقديرية للمناقصة على خمسين ألف جنية ، وأن يشترك فى عضويتها عضو من ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة متى زادت القيمة على ثلاثمائة ألف جنية • ولا يكون انعقاد لجنة البت صحيحا الا بحضور مندوب عن وزارة المالية أو مندوب عن وزارة المالية وعضو من ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة حسب الأحوال » •

وفيما يلى نعرض للأحكام الخاصة بلجان فتح المظاريف ولجان البت ٠

الفرع الأول

لجنة فتح المظاريف

١ ـ ووفقا للمادة ١٨ من اللائحة الجديدة ، « يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من رئيس الادارة المركزية برياسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وعضوية مدير القسم المختص ، وموظف فنى بالنسبة الى مقاولات الأعمال وعضوية مدير المشتريات أو نائبه بالنسبة الى المشتريات ، ويحضر اللجنة مندوب ادارة الحسابات ليتسلم التأمينات ، ويجوز أن ينص القرار على ضم موظف آخر أو أكثر الى عضوية اللجنة » ٠

ويجب بطبيعة الحال أن تجتمع اللجنة بالتشكيل المقرر فى الأمر الصادر بتشكيلها ، والا كان اجتماعها باطلا ، وقراراتها باطلة بالتبعية ٠ ومهمة اللجنة ـ كما هو واضح من تسميتها ـ تنحصر فى فتح مظاريف العطاءات المقدمة ، تمهيدا لفحص العطاءات والتأكد من مطابقتها للشروط المعلن عنها ، واستبعاد العطاءات التى لا تستوفى الشروط لسبب أو لآخر : اما لطبيعة المناقصة أو للشروط المتطلبة فى المتقدمين الى المناقصات العامة ، وعلى التفصيل الذى سبق أن أوردناه ٠

٢ ـ وقد تضمنت لائحة المناقصات والمزايدات تنظيم اجراءات فتح المظاريف على النحو التالى :

أولا ـ يتعين قبل موعد اجتماع لجنة فتح المظاريف ندب موظف ليتسلم العطاءات التى وردت الى قسم الوارد والى القسم المختص ووضعها بداخل صندوق العطاءات الموجود بكل جهة ادارية والذى يعد بطريقة لا تسمح باخراج أى شىء من محتوياته ويكون له قفلان

يحفظ مفتاح أحدهما لدى رئيس الجهة أو من ينيبه والثانى لدى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص ·

كما يجب على قسم الوارد القيام بالتسليم الفورى لما يرد اليه من عطاءات ، الى لجنة فتح المظاريف صباح اليوم المحدد لفتح اظاريف وحتى الساعة الثانية عشرة ظهـرا موعد فتح المظاريف فى جميـع الجهات الادارية (مادة ١٩) ·

ثانيا – يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات فى السـاعة الثانية ظهرا فى اليوم المعين لفتـح المظـاريف كآخـر موعد لتقديم العطاءات ، وعليه اتخاذ ما يأتى :

١ – اثبات الحالة التى وردت عليها العطاءات بعد التحقـق من سلامة الاختام ·

٢ – اثبات عدد المظاريف فى محضر فتح المظاريف ·

٣ – فض العطاءات بالتتابع ، وكل عطاء يفتح مظروفه يضـع رئيس اللجنة عليه وعلى مظروفه رقما مسلسلا على هيئة كسر اعتيادى بسطه رقم العطاء ·

٤ – ترقيم الاوراق المـكون منها العطـاء واثبـات عـدد تلك الاوراق ·

٥ – قراءة اسم مقـدم العطـاء والاسعار وجمـلة العطاء على الحاضرين من مقدمى العطاءات أو مندوبيهم ·

٦ – اثبات جمـلة العطـاءات بالتفقيط وقيمة التأمين المؤقت المقدم ·

٧ – التوقيع منه ومن اعضاء اللجنة على العطاء ومظروفه وكل ورقة على ان تثبت هذه البيانات فى السجل المعد لذلك ·

٨ – التأشير بدائرة حمراء حول كل كشط أو تصحيح مع وضع خط افقى قرين كل صنف لم يوضع له سعر بالعطاء والتاشير عليه

ويجب اثبات كل كشط أو تصحيح وضع حوله دائرة حمراء بمحضر لجنة فتح المظاريف مع بيان ما بداخل الدائرة الحمراء تفصيلا ·

٩ - تفقيط الأرقام الغير مفقطة بالحبر الأحمر ·

١٠ - التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على جميع هذه التأشيرات ·

١١ - التوقيع منه ومن جميع أعضاء اللجنة على محضر اللجنة بعد اثبات كافة الخطوات المتقدمة ·

١٢ - تسليم التأمينات لمندوب الحسابات بعد توقيعه بالاستلام على محضر فتح المظاريف كما يوقع رئيس الحسابات فى نفس اليوم أو فى اليوم التالى على الاكثر بما يفيد مراجعته للتأمينات الواردة بها وبأنها قيدت بالحساب المختص ·

١٣ - أرفاق العطاءات وجميع الأوراق الخاصة بها والمظاريف التى وردت فيها بمحضر اللجنة وتسليمها لمدير المشتريات أو نائبه أو لرئيس القسم المختص وذلك لحفظها فى خزانة مقفلة ·

١٤ - مراجعة العينات المقدمة من مقدمى العطاءات على الكشف الذى دونت به هذه العينات عند وردها بعد التأكد من سلامة اختامها وغلافاتها ، ويوقعها رئيس اللجنة مع جميع أعضائها كما يوقعون على العينات التى ترد داخل مظاريف العطـاءات بعد اثباتها فى كشف خاص ، وتسليم العينات جميعا الى مديرالمشتريات أو نائبة أو رئيس القسم المختص حسب الحال أسوة بأوراق العطاءات ·

١٥ - يجب ان تتم اللجنة عملها بأكمله فى الجلسة ذاتها ·

ثالثا - لا يلتفت الى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ولو كان مرسلا من مقـدم العطـاء فى تاريخ سابق لفتح المظاريف ، على أن يراعى تقديمه فور وصوله الى رئيس اللجنة لفحصـه والتأشير عليـه بساعة وتاريخ وروده ثم يندرج فى كشف العطاءات المتأخرة ، ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة

البت النظر فى التجاوز عن التأخير فى الحالات التى ترد فيها العطاءات المرسلة بطريق البريد قبل انتهاء لجنة فتح المظاريف من عملها وبشرط أن يكون التأخير لأسباب خارجة عن ارادة صاحب العطاء وأن يكون العرض المتأخر فى صالح الخزانة . اما اذا ورد العطاء بعد انفضاض لجنة فتح المظاريف فلا يجوز قبوله . وفى جميع الأحوال يعمل بأى خفض فى الأسعار الواردة بالعطاء يصل للجنة قبل انتهاء الميعاد المحدد لفتح المظاريف (مادة ٢١) .

رابعا ـ تتولى ادارة المشتريات أو القسم المختص فرز عينات كل صنف وقيدها بالسجل الخاص بالعينات ، ويجب أ ن يبين بهذا السجل تاريخ المناقصة ونوعها . وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم ان يرسل فورا أو فى خلال اليومين التاليين على الاكثر لتاريخ فتح المظاريف ما يقتضى ارساله منها الى المعمل الفنى الحكومى أو الى الجهة المختصة حتى يتسنى اجراء التحليل المطلوب على وجه السرعة ، وعند ورود التقارير الخاصة بها تدون جميع البيانات بالسجل المذكور امام كل عينة ليعرض على لجنة البت (مادة ٢٢) .

خامسا ـ العينات المقدمة مع العطاءات التى لا يمكن بحسب طبيعتها التحقق من مطابقتها للمواصفات آو العينات النوذجية بالمعاينة البسيطة يجب ارسالها الى المعمل الفنى الحكومة المختص أو الى الجهة الفنية المختصة لفحصها واختبارها اذا كانت قيمة الصنف الواحد تزيد على ألفى جنيه ـ ويعتبر الصنف واحدا ولو اختلفت أوزان أو مقاسات والوان وحداته ـ وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يضع عليها ارقاما سرية (مع مراعاة تعليمات الجهة الفاحصة) ويرسل معها كشفا تفصيليا ببيان مفرداتها والغرض الذى من أجله يراد شراء الصنف ومقدار الكمية المطلوبة وثمنها ، على أن يراعى ترتيبها فى الكشف ترتيبا تصاعديا على أساس الأسعار المقدمة ، ويجب توضيح ما قد يوضع عليها من أرقام سرية واختام وتوقيعات لتميزها ولضمان عدم استبدال غيرها بها ، ومع ذكر

التاريخ المعين للبت فى المناقصة وذلك لكى تقــوم الجهة الفاحصــة بفحصها وموافاة الجهة المختصة بنتيجة الفحص قبــل التاريخ المذكور بوقت كاف يسمح بفحص العطــاءات على ضوء تقرير المعمــل عن العينات ورفع التوصيات اللازمة للجنة البت فى المناقصة فى الميعاد المحدد . وعلى جهة الفحص الفنى ان تقوم بفحص العينات واختيارها بالتتابع وأن تختمها وتضع عليها أرقاما سرية أخرى لتمييزها وترسل عنها تقريرا وافيا بالنتيجة يبين به نسبة الجودة مئوية لكل عينة تم تحليلها وذلك للوصول الى أرخص عطاء يثبت من التحليل ان العينة المقدمة منه تتفق والمواصفات ، وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص ان يتحقق من حفظ تقارير المعمــل الفنى التى ترد تباعا بملفات المناقصات بعد اثباتها فى السجل الخاص بذلك وقبل عرضها على لجنة الفحص وكذلك التاشير امام كل تقرير برقم الملف المحفوظة فيه (مادة ٢٣) .

سادسا ــ يكلف موظف مسئول أو أكثر بمراجعة العطاءات قبل تفريغها مراجعة حسابية تفصيلية والتوقيع عليها بما يفيد هــذه المراجعة . واذا وجد اختلاف بين سعر الوحدة واجمالى سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط فى حالة وجود اختلافات بينه وبين السعر المبين بالأرقام . وتكون نتيجــة هــذه المراجعة هى الأساس الذى يعول عليه فى تحديد قيمة العطاء وترتيبه (مادة ٢٤) .

سابعا ــ اذا شكا مقدم العطاء من حصول خطأ مادى فى عطائه فيكون الفصل فى الشكوى من اختصاص لجنة البت والوزير المختص بعد استطلاع رأى الجهة المختصة فى مجلس الدولة اذا اقتضى الأمر ذلك (مادة ٢٥) .

ثامنا ــ يكلف مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص موظفا أو أكثر تحت اشرافه بتفريغ العطاءات على الاستمارة المعدة لذلك من ثلاث صور ، وعليه ان يعيد ايداعها فى آخر كل يوم فى الخزانة

المقفلة لحين الانتهاء من التفريغ وتدوين جميع ملاحظات واشتراطات مقدمى العطاءات التى تخالف اشتراطات جهة الادارة ٠ ويجب ان تتم هذه العملية فى أقل وقت ممكن حتى يتسنى البت فى المناقصة قبل انقضاء مدة سريان العطاءات ، كما يجب أن يؤشر على الكشف برقم وقيمة اعتماد البند المختص فى الموازنة ٠ وتعمل مطابقة على كشوف التفريغ من اثنين من المراجعين ، وتوقع بما يفيد هذه المطابقة ثم تقدم الى لجنة البت (مادة ٢٦) ٠

٣ ــ وهكذا نرى أن دور لجنة فتح المظاريف هو دور اعدادى ، وبالتالى فان اختصاصها مقيد ٠ ولكنها مع ذلك تتمتع باختصاص نهائى فى بعض الحالات ، لأن من حقها أن تستبعد ــ كما ذكرنا ــ كل عطاء لا يكون مستوفيا للشروط المطلوبة ، مثل تقديم العطاء فى الميعاد ، وعلى النماذج المعدة لذلك،وتقديم البيانات المطلوبة ، وعدم الكشط أو المحو فى جداول الفئات ، وايداع التأمين المؤقت ٠ هذا من ناحية العطاء فى ذاته ٠ ولها أيضا أن تتأكد من أن مقدم العطاء غير محروم من الاشتراك فى المناقصة العامة للأسباب التى سبق ذكرها ٠ وممارسة اللجنة لهذه الاختصاصات انما يتم بقرارات ادارية يجوز الطعن فيها أمام القضاء الادارى،وللقضاء رقابة اللجنة فى ممارستها للاختصاص السابق ٠

الفرع الثانى
لجنة البت فى العطاءات

١ ــ تشكل لجان البت فى العطاءات ــ وفقا للمادة ٢٧ من اللائحة الجديدة ــ بقرار من سلطة الاعتماد المختصة برئاسة رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص أو من يندبه ٠ وعضوية مدير ادارة المشتريات ومندوب فنى أو أكثر من داخلها أو خارجها من ذوى الخبرة فى الاصناف أو الأعمال المطلوب توريدها أو تنفيذها وممثل للادارة المالية والادارة القانونية بالجهة الادارية على ان تتناسب وظائف الاعضاء وخبراتهم مع أهمية موضوع التعاقد ٠

وعلى ان يمثل وزارة المالية فى لجـان البت المديرون الماليون بالمحافظات أو المراقبون الماليون بالوزارات أو من يندبه كل منهم • وبالنسبة لغيرها من الجهات فيكون تمثيل وزارة المالية بمن تندبه لذلك على ان يمثل مجلس الدولة أحد أعضاء ادارة الفتوى المختصة يندبه رئيسها فى الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات •

٢ ـ ومهمة هذه اللجنة ، اتمام الاجراءات ، بقصد الوصول الى تعيين أفضل المناقصين أو المزايدين حسـب القانون • وقد حددت اختصاصات هذه اللجنة فى القانون ولائحته على النحو للتالى :

أولا : تبدأ اللجنـة عملها بالتأكد من مطابقة كشوف التفريغ للعطـاءات ذاتها • وعليها أن تفحص العينات والفئات وتقـارنها بعضها ببعض • ويجب أن تبين اللجنة بالتفصيل الكافى ، على كشف تفريغ العطاءات ،أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات فى العطاءات التى رأت عدم الأخذ بها • وعلى اللجنة تدوين مناقشاتها فى محضر يثبت فى سجل خاص ، وترافق أوراق المناقصة صورة من المحضر مؤشرا عليها من رئيس اللجنة بما يفيد مطابقتها للأصل • وللجنة البت ـ طبقا لحكم للمحكمة الادارية العليا الصادرة فى ٥ مايو سنة ١٩٦٢ (السـنة ٧ ص ٧٧٩) أن تصحح الأخطـاء المادية فى العطاءات ، قبل أن تصدر رأيها فى الموضوع • فقد حدث فى ظروف الدعوى التى صدر الحكم بخصوصها ، أن وقع خطأ واضح فى كتابة سعر صنف من الأصناف ، ولم يكشف أمره الا بعد فتح المظاريف • فلما تقدم صاحب الشأن بشكواه أهملتها لجنة البت•••لا لأن الادعاء غير صحيح ، وانما لأنها قدمت بعد فتح المظاريف ، واعلان الأسعار • ولما كانت المحكمة تستخلص من أوراق الطعن ومن استعراض دفاع الطرفين أن الشركة قد وقعت فى خطأ مادى عند تدوين الرقم الذى قبلت أن تورد الكيس رقم ٦ على أساسه ، فسقط عند التدوين رقم الجنية ، ولا يمكن أن ينصرف هذا الخطأ الى سوء فى تقدير السعر عند

وضعه لأن سوء التقدير لا يمكن أن يصل الى حد اعطاء سعر هو دون التكلفة بكثير ... ومثل هذا الخطأ المادى ليس له من عاصم من واقع القانون ، لأن الممنوع هو الادعاء بخطأ فى تقدير ظـروف التوريد وشروطه أو فى المادة المطلوب توريدها ، وذلك بعد اعلان الأسعار . وأما الخطـأ الذى مرده الى سقطات القـلم عند الكتابة ، فليس فى نصوص القانون ما يمنع تصحيحه . وكان يجب على لجنـة البت أن تقـوم هى بالتصحيح قبل تصويب العطـاء ، كمـا يقضى القانون بذلك ، لأن العطاء على هذه الصورة يحتوى على أخطاء حسابية نتيجة لعدم احتساب الجنية الذى أغفل وضعه خطـأ فى الخانة المعدة له . وبناء على ذلك ، فان امتناع لجنة البت عن التصحيح ، وقبول عطاء الشركة المدعية بوصفة أقل العطاءات المقدمة سعرا لا يغير من الأمر شيئا بعد التصحيح لأن سعرها مع ذلك يظل دون الأسعار الآخـرى المقدمة ... » .

ثانيا : يجب عند البت فى العطاءات أن تسترشد اللجنة بالأثمان الأخيرة السـابق التعامل بها محليا أو خارجيا ، ويجب بيان هذه الأثمان بكشف التفريغ مع ذكر تاريخ التعامل ، كما يجب الاسترشاد أيضا بأسـعار السوق . ويقع على عاتق ادارة المشتريات مسـئولية الحصـول على هـذه الاسعار . وعلى اللجنة اذا رأت الغاء المناقصـة واعادتها لارتفاع الأسعار أن يكون ذلك بقرار مسبب تفصيلا ، وأن ترافق أوراق المناقصة الملغاة أوراق المناقصة الجديدة (مادة ٢٩ من اللائحة الجديدة) .

ثالثا : يجب أن تحسـب جميع الأسـعار على قاعدة واحدة وهى قاعدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الادارية خالصة جميع المصروفات والرسـوم مع مراعاة أسعار النقد الأجنبى ومصاريف تحويل العملة وغيرها حتى يمكن عمل مقارنة دقيقة بين العطاءات .

٣ – اذا مـا انتهت اللجنـة من تحقيق الشـروط السـابقة واستبعدت ما ترى استبعاده لسبب أو لآخر ، فان عليها أن تنتهى الى

نتيجة ، وهى ترتيب العطاءات المستوفية للشروط ترتيبا تصاعديا وفقا للأسعار ، وهنا قد تنتهى اللجنة الى وضع من الأوضاع التالية :

أولا ـ قد توصى بارساء العطاء : على صاحب أقل سعر أو أعلاه بحسب الظروف • وهذا هو الأصل الذى نصت عليه المادة ١٨ من القانون حيث توجب ارساء المناقصة (أو المزايدة) على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا • على أن المشرع قد أورد استثناء من هذا الأصل حيث نص على اعتبار العطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلى أو عن أعمال أو خدمات تتقدم بها جهات مصرية أقل سعرا اذا لم تتجاوز الزيادة فيه ١٥٪ من قيمة أقل عطاء أجنبى « ولا يجوز الخروج على حكم هذه الفقرة الا فى حالات الضرورة القصوى التى تقتضيها المصلحة العامة ، وبموافقة وزير المالية • »

وهذا هو ما يعرف بآلية المناقصة • والأصل أن على اللجنة أن تحكم على العطاءات كما قدمت ، فالمادة ١٦ من القانون الجديد (والمقابلة للمادة الرابعة من القانون الملغى) تنص صراحة على أنه « لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول فى مفاوضة مع أحد مقدمى العطاءات فى شأن تعديل عطائه » • واعمالا لهذه المبادىء أفتى مجلس الدولة (فى ٢ يوليو سنة ١٩٥٧ ، السنة ١١ ص ٤٨٣) بأنه :

(أ) يقفل باب المنافسة بين المقاولين فى مناقصة ما بحلول ميعاد فتح المظاريف • فاذا قدم أحد المقاولين عطاء بعد الميعاد المذكور ، يعتبر عطاؤه غير قانونى ، ولا يجوز قبوله ، ولو كان أنسب العطاءات السابقة « وذلك ضمانا لسرية المنافسة فى الأسعار والشروط التى يتقدم بها كل منهم ، وتحقيقا للغرض الذى جعلت من أجله المناقصات بمظاريف مقفلة ، حتى يتقدم كل مقاول بشروطه الخاصة مستوحيا فى ذلك قدرته الفنية وامكانياته الخاصة فى العمل ، دون ما اضطرار الى منافسة يكون القصد منها ابعاد المنافسين الآخرين بأى ثمن ، ودون نظر الى حقيقة امكانياته وقدرته على التنفيذ المبنيين على

أصول فنية سليمة فيما لو تمت المناقصة بموجب مظاريف مفتوحة مما يؤثر على سلامة العمل المطلوب تنفيذه ... » .

(ب) بحلول ميعاد فتح المظاريف ، يتحدد مركز كل من أصحاب العطاءات بالنسبة للآخر ، وبالنسبة للجهة المقدم اليها العطاء ، فلا يجوز العبث بهذه المراكز باتفاق لاحق لميعاد الفتح يكون من شأنه تعديل هذا المركز ، والا أهدرت المراكز القانونية التى اكتسبها كل منهم بحلول الميعاد المنوه عنه . ولكن المادة ١٦ من القانون الجديد (والمقابلة للمادة الرابعة من القانون الملغى) قد منحت لجنة البت الحق فى مفاوضة مقدمى العطاءات — بعد فتح المظاريف — فى حالتين :

الحالة الأولى : يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل ، المقترن بتحفظ أو بتحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاءه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان .

الحالة الثانية : يجوز للجنة البت مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره الى مستوى أسعار السوق .

وتجرى المفاوضة فى الحالتين المشار اليهما من السلطة المختصة .

وقد فسرت محكمة القضاء الادارى حالتى المفاوضة المشار اليهما فيما سبق فى ظل القانون الملغى ، بما يستبعد حق الادارة فى مناقشة الأسعار المقدمة ، وذلك فى حكمها الصادر فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠ قضائية) حيث تقول :

« ومن حيث انه يبين من النص سالف الذكر (المادة ٤ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) أن المفاوضة مع مقدمى العطاءات تتم فى حالتين : الأولى : حالة ما اذا كان العطاء الأقل مقترنا بتحفظ أو تحفظات وكان أقل عطاء غير مقترن بشىء من ذلك تزيد قيمته الرقمية كثيرا على العطاء المقترن بتحفظات . والثانية : حالة ما اذا كانت العطاءات كلها مقترنة بتحفظات أو كانت كلها غير مقترنة بشىء منها وكان العطاء الأقل يزيد على القيمة السوقية ولم يتقرر الغاء المناقصة لهذا السبب .

« ومن حيث انه مما يجب التنبية اليه بادىء ذى بدء أن المفاوضة مع مقدمى العطاءات لا يمكن أن تحصل الا بالنسبة للتحفظات الواردة على شروط المناقصة ، وأنها لا يمكن أن تتناول فئات الأسعار ، اذ أن الأخذ بفكرة المفاوضة فى فئات الأسعار لا يتفق والقانون ،فضلا عما ينطوى عليه من اضـافة حكم لم يرد به ، ومجافاته للمبادىء العامة للمناقصات التى تقوم أصلا على المفاضلات بين العطـاءات من حيث الأسعار وارساء المناقصة على مقدم أقل عطاء ، وبذلك تتهيأ الفرصة لجميع المشتركين فى المنافسة ليتساووا فى المعـاملة • ومن ثم فانه يجب أن يكون مفهوما أن ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الرابعة سالفة الذكر من الترخيص للادارة بالتفاوض ولو كانت كل العطاءات غير مقترنة بتحفظات ، مقصـود به أن تكون العطاءات كلها ــ فيما عدا العطـاء الأقل ــ قد وردت خالية من أى تحفظ ، ولذلك تقـع المفاوضة مع مقدم أقل عطاء مصحوب بتحفظات فى حدود ما رسمه القانون ، والا لما كان هناك محل لهـذه الفقرة كلية به • ولما كان صاحب أقل عطاء ــ ما لم يستبعد ــ هو فى الأصل صاحب الحق فى ارساء المناقصـة عليه ، اذا كان عطاؤه مناسـبا ، فانه ليس لجهـة الادارة أن تترك عطاءه لمجرد أنه مقترن بتحفظات ، ثم تتفاوض مع مقدم العطاء الذى يليه غير المقترن بتحفظات بل تجرى المفاوضة مع صاحب أقل عطاء مقترن بتحفظات لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاءه متفقا وشروط المناقصة • ولا ضير فى هذا الاجراء على أصحاب العطاءات الأخرى ، ولا يخل بالمساواة الواجبة بالنسبة اليهم ، كما أن المفاوضة فى هذه الصورة مع مقدم العطاء غير المقترن بتحفظات معناه أن مفاوضته ستكون بقصد تعديل فئات الأسعار ، وهو أمر غير جائز كمـا سـبق البيـان • أما فى حالة ما اذا كانت العطـاءات كلها مقترنة بتحفظات فانه يتـعين من باب أولى البـدء بالمفاوضة مع صاحب أقل عطاء • فاذا رفض ، فيجوز التفاوض مع من يليه، بحيث لا تجرى مفاوضة فى التعديل مع صاحب عطاء الا اذا رفض هذا التعديل جميع مقدمى العطاءات الأقل منه ••• » •

ثم استطردت المحكمة قائلة : « ... لكل مناقص الحق فى أن يضمن عطاءه ما يشاء من تحفظات واشتراطات خاصة تختلف عما تشترطه الادارة ، وهذا الحق مقرر لكل صاحب عطاء ، وقد أشير اليه فى كل من اللائحة والمادة ٤ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ... ومتى كان الأمر كذلك فان المفاوضة التى تنتهى الى نزول المناقص عن كل أو بعض تحفظاته — فى الأحوال التى تجوز فيها هذه المفاوضة — وقبول جهة الادارة هذه النتيجة — لا يمكن اعتباره تعديلا لاحقا لأسعار العطاء ... اذ أن المفاوضة لا تتناول فئات الأسعار بالتعديل ، بل تهدف الى جعل العطاء متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان ، وبما لا يدع مجالا للشك فى أن العطاء موضوع المناقصة هو أصلح العطاءات ... » .

وهذا الحكم يتمشى مع المبادىء الأساسية التى تحكم المناقصة العامة ، وان كانت حرفية الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون الملغى لا تطابق هذا التفسير .

ثانيا : تجزئة مقادير العطاء : اذا تساوت الأثمان بين عطاءين أو أكثر ، يجوز تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها اذا كان ذلك فى صالح العمل . كما يجوز تجزئتها أيضا اذا كان مقدم العطاء الأقل سعرا يشترط مددا بعيدة للتوريد لاتتناسب وحالة العمل بالجهة الادارية ، فيمكن علاجا لهذه الحالة أن تشترى الادارة ، من أنسب العطاءات التالية ، أقل كمية تلزم لتموين المخازن فى الفترة الواقعة بين تاريخى التوريد . وعلى اللجنة فى هذه الحالة أن تثبت فى تقريرها الباقى الموجود بالمخزن من الصنف ومتوسط الاستهلاك (المادة ٦٦ من اللائحة الجديدة والمقابلة للمادة ٧٠ من اللائحة الملغاة) .

والتجزئة فى الحالات السابقة تفترض أن موضوع المناقصة أو المزايدة قابل للتجزئة . فاذا لم يكن كذلك فلا محل للتجزئة ، وحينئذ يتعين على اللجنة أن تختار المناقص الأصلح من بين المناقصين الذين يتساوون فى أقل عطاء . ولها أن تسترشد فى التمييز بينهم بالقواعد

التى يضعها المشرع ، مثل تفضيل المصنوعات المصرية ، أو الكفاءة الشخصية للمتقدمين ، أو رعاية المصريين • فاذا عجزت فلا مناص من الالتجاء الى القرعة اعمالا للمساواة التامة بين المناقصين[1] •

هذا وننبه الى حكم المادة ٣٩ من القانون الجديد ، والتى تحرم اللجوء الى تجزئة المشتريات أو الأعمال أو الخدمات بقصد التحايل لتفادى الاجراءات أو الضوابط أو الضمانات أو الشروط المقررة بأحكام القانون •

ثالثا : الاستغناء عن المناقصة : نصت المادة ٣٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (والمقابلة للمادة ٧ من القانون رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٥٤ الملغى) على الغاء المناقصة فى حالة ، وجواز الاستغناء عنها فى حالتين :

الحالة الأولى : تلغى المزايدة بعد النشر عنها أو الدعوة اليها وقبل البت فيها ، اذا استغنى عن البيع أو التأجير نهائيا أو اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك •

الحالة الثانية : يجوز الغاء المزايدة فى حالتين هما :

١ ـ اذا لم يتقدم فى المزايدة سوى عرض وحيد مستوف للشروط • ٢ ـ اذا لم تصل نتيجة المزايدة الى الثمن الأساسى •

وقد أوجب المشرع ـ فى جميع الحالات ـ أن يصدر قرار الغاء المزايدة مسببا من السلطة المختصة •

وواضح أن اللجنة لن توصى فى بعض الحالات السابقة بالغاء المناقصة الا اذا لم تر المفاوضة مع مقدمى العطاءات على النحو

---

(١) هذا ولقد جاء فى فتوى المجلس الصادرة فى ٧ يوليو سنة ١٩٥٧ (سبقت) أن وزارة الأشغال اذا كانت قد اشترطت عدم تجزئة الأعمال المتعلقة بالخرسانة والأشغال المعدنية الخاصة بانشاء كوبرين ملاحيين ، فانه لا يجوز لها بعد ذلك أن تفصل بين نوعى الأعمال المنوه عنهما • ولكن يجوز أن تتقدم فى المناقصة عدة مقاولين متضامنين لتنفيذ العملية معا ككل لا يتجزأ •

الذى شرحناه فيما سلف • هـذا وقد ذهبت محكمة القضـاء الادارى الى أن رأى لجنة البت فى هذه الحالات هو رأى استشارى[1] •

على أن المادة قد أوردت حالة جديرة بالعناية وهى حالة العطاء الوحيد ، نستعرض أحكامه فيما يلى :

والعطـاء الوحيد : أما أن يكون كذلك لأن مزايدا واحدا هو الذى تقـدم ، واما أنه أصبح كذلك نظرا لاستبعاد باقى العطاءات لمخالفهتا للشروط ، وحينئذ تفقد المناقصة أو المزايدة جوهرها الذى يقوم على المنافسة • ومن ثم فان الأصل أن تلغى المناقصة فى هـذه الحـالة لاعادة طـرحها من جـديد • وهو ما نصت عليـه صراحـة الفقرة (١) من المادة ٣٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ كما رأينا •

---

(١) جاء فى حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ قولها : « لا وجه للتحدى فى هذا الصدد بأن (الغـاء المناقصة) لم يحصـل بناء على رأى لجنة البت طبقـا للفقرة الأخيرة من المادة السابعة من القانون (رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) لأن القانون لم يشـترط موافقة لجنة البت على الالغاء ، بل اكتفى بأخذ رأيها ، أى أن رأيهـا استشارى ولا يلزم الجهة المختصـة بالالغـاء ••• الأمر الذى يدل على أن الاجراء الشكلى الخاص بلجنة البت عند الغـاء المناقصة ليس جوهريا ، كما أن عدم تقرير جزاء فى القانون لتخلف هذا الاجراء لا يستتبع بطلان القرار الصادر بالالغاء • على أنه من الواضح أن هذا الاجراء الشكلى موضوع لصالح جهة الادارة بالذات ، فاذا هى تخلفت عن أعماله ، فان ذلك لا يستتبع التمسك عليها بالبطلان من جانب الأفراد » القضية رقم ١٣٠٣٧ السنة ٨ قضائية منشور فى مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ص ٣١ •

والواقع أن هذا الحكم قد أثار كثيراً من الموضوعات المتنافرة :

(أ) فالذى لا شك فيه أن للادارة الاستغناء عن المناقصـة بعدم التعاقد كلية كما سنرى • وفى هذه الحدود يكون الحكم سليما •

(ب) اذا أريد الغاء المناقصة لسبب من الأسباب الوزارة فى المادة ٧ فيتعين عندنا أخذ رأى لجنة البت مقدما • وذلك لأن المادة صريحة ولا تحتمل التأويل •

(جـ) عدم النص على جزاء لعدم اتباع الاجراءات الادارية لا يعنى عدم ترتيب جزاء كما تقول المحكمة ، ذلك أن الاجـراءات الادارية يفرض أنها مقررة لحمـاية الصالح العام ، ومن ثم يترتب البطلان على مخالفتها دون حاجة الى نص صريح • (يراجع فى التفاصيل مؤلفينا القضاء الادارى ورقابته لأعمال الادارية ، والنظرية العامة للقرارات الادارية) •

(د) لا شك فى سلامة التمييز بين الاجراءات الجوهرية وغير الجوهرية كقاعدة عامة ، ولكننا نعتقد أن تطبيقهاهنا مقيد بالتمييز بين الحالتين اللتين آشرنا اليهمـا فى الفقرتين أ ، ب •

ولكن الفقـرة الثـانية من المـادة ٣٣ من اللائحـة التنفيـذية الجديدة ، قد أجازت ـ بموافقـة سلطة الاعتمـاد المختصة ـ قبـول العطاء الوحيد بشرط :

١ ـ أن تكون حاجـة العمـل لا تسمح باعادة طـرح المناقصـة أو ألا تكون ثمة فائدة من اعادتها •

٢ ـ أن يكون العطـاء الوحيـد مطابقـا للشروط ومناسبا من حيث السعر •

رابعا : اذا كانت وسيلة التعاقد هى المزايدة فقـد نظمها القسم الخامس من اللائحة الجديدة : فتضمن الفصل الأول من هـذا القسم الأحكام العامة : فنصت المـادة ١٠٤ على أنه لا يجوز بيع الأصناف الجديدة الاللوزارات والمصالح ووحدات « الحكم المحلى » والهيات العامة • واجازت اللائحة بيعها لغير هذه الجهات فى ثمانية أحوال « وفى هذه الأحوال الاستثنائية يكون البيع بدون مزايدة فى الحـدود التى نص عليهـا قانون تنظـيم المناقصـات والمزايدات » أما الأصـناف غير الصالحـة للاستعمـال أو التى يخشى عليهـا التـلف أو التى بطـل استعمالها ، وكـذا الأصناف الزائدة على الحاجة فتباع بالمزاد وفقـا للأحكام المقررة فى المواد من ١٠٥ الى ١٠٧ من اللائحة الجـديدة • أما الفصل الثانى من القسم الخامس فقـد نـظم طـرق واجـراءات التعاقد (المـادة ١٠٨) والشروط الخاصـة بالبيـع (مادة ١٠٩) والجهة التى تعتمد قـرارات وتوصيات لجنـة البيع أو التأجير (مادة ١١٠) ويكون تأجير المقـاصف وغيرها بطريق المزايدة فى حـدود القواعد المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية بشأن أحكام واجراءات البيع ، على أن تختص لجنة التثمين بوضع حـد أدنى لايجـار المكان المطـلوب تأجيره بمراعاة آخر قيمة ايجارية وايجار المثل وغيرها من العناصر المؤثرة (مادة ١٢٠) •

خامسا : اختـلاف أعضـاء لجنـة البت فى الرأى واختلافهم مع الجهة المختصة : نظمت هـذه الحالة المادة ٣٠ من اللائحة التنفيـذية

الجديدة ، فقد نص على أنه اذا اختلف رأى لجنة البت أو رأى أغلبيتها مع رأى رئيس الادارة المركـزية أو رئيس المصلحـة المختص حـول استبعاد بعض العطاءات أو اعتبار العطـاء أصلح العطاءات لارساء المناقصة على مقدمه أو اجراء أو عدم اجراء المفـاوضة أو غير ذلك فيعرض الأمر على السلطـة الأعلى مباشرة للبت فيه نهائيا • أما اذا اختلف أعضاء اللجنة فى الرأى فيجب اثبات أوجه الخلاف فى المحضر ويكون الفصل فى ذلك للسلطة التى لها حق اعتماد نتيجة المناقصة • وفى حالة الاختلاف فى الرأى مع المنـدوب الفنى ، فيجـوز لرئيس اللجنة أن يطلب مندوبا آخر للانضمام الى المندوب الأول للاسترشاد برايه • فاذا اتفق رأيهما يؤخـذ به • وان ختلفا يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأيين • (وتقابلها المـادتان ٧١ و ٧٢ من اللائحة الملغاة) •

الفرع الثالث

اعتماد المناقصة ومدى حرية الادارة فى اختيار المتعاقد

١ ــ قرار لجنة البت بارســاء المناقصة على أحد المتقـدمين ليس الخطوة الأخيرة فى التعاقد ، بل ليس الا اجراء تمهيديا • أما عملية التعاقد فانها خطوة أخرى ، لاحقة ، وتختص بها هيئة أخرى ، قـد تكون رئيس المصلحـة أو رئيس الادارة المركزية أو الوزير المختص حسبما حددته المـادة ٣١ من اللائحة الجديدة ، وكما ســوف نرى تفصيليا فيما بعد •

والمسلم به أن التزامات الادارة لا تبدأ الا من هذه اللحظـة • أما قبل ذلك فان التعاقد يكون فى دور التكوين • وكل ما يترتب على قرار لجنـة البت نتيجة واحدة ، وهى التزام الادارة بألا تتعاقد الا مع من يرسو عليه المزاد أو المناقصة ، وهذا هو ما يعرف بألية المزاد (أو المناقصة) •

ولكن فى مقابل هذه الآلية ، جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، على تخويل الادارة حق العدول عن التعاقد اطلاقا • بالغاء المناقصة ، اذا رأت أن المصلحة العامة فى هذا العدول ، حتى لا تجبر الادارة على التعاقد مع شخص لا تريده[1] •

ومن ثم فانه من الأهمية بمكان أن نحدد دور كل من لجنة البت ، وجهة الادارة المختصة بالتعاقد فيما يتعلق باختيار المتعاقد •

٢ ــ وقد أتيح لمحكمة القضاء الادارى المصرية أن تبرز ذلك وتوضحه فى صورة مفصلة فى كثير من أحكامها والتى يمكن أن نستمد منها المبادىء الآتية :

أولا : ان لجنة البت « ••• تختص باتمام الاجراءات المؤدية الى تعيين من ترسو عليه المناقصة بعد تحقيق شروطها توطئة لاطلاع جهة الادارة بمهمتها الخاصة بابرام العقد • **واختصاص اللجنة فى هذا الصدد اختصاص مقيد** تجرى فيه على قواعد وضعت لصالح الادارة والأفراد على السواء بقصد كفالة احترام مبدأ المساواة بين المتناقصين جميعا • وقد أجملت المواد من ٣ الى ٦ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ وأحكام لائحة المخازن والمشتريات (التى كانت سارية قانونا قبل صدور اللائحة الجديدة) هذا الاختصاص •

وينتهى عمل هذه اللجنة بتقرير أصلح العطاءات عن طريق اختيار المناقص الذى تقدم بالسعر الأقل ، ثم يأتى بعد ذلك دور جهة التعاقد وهى الجهة المختصة بابرام العقد مع المناقص الذى وقع عليه اختيار لجنة البت »[2] •

---

(١) مطول دى لوبادير المرجع السابق ، ص ٤٣٠ الى ٤٣١ • وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٧ أبريل سنة ١٨٩١ فى قضية «Lanier» المجموعة ص ٢٧٩ وحكمه فى ٣ مارس سنة ١٩٤٤ فى قضية «Soc. nat. de Construction» المجموعة ص ٧٦ •

(٢) فقرة أخرى من الحكم السابق •

ثانيا : « ... ومن حيث انه على هدى ما تقدم لا يمكن القول باعتبار قرار لجنة البت ، بارساء المناقصة — أو المزايدة — بمثابة القبول فى العقود ويؤدى الى اتمام التعاقد حتما مع صاحب العطاء الذى اختارته اللجنة ، اذ أن هذه المرحلة النهائية تترتب على اجراء لاحق هو المصادقة على ارساء المناقصة من الجهة الادارية المختصة ، وهى جهة التعاقد التى تملك وحدها اصدار القبول تأسيسا على أن القبول الذى يعتد به هو الذى يصدر ممن يملك التعاقد . على أنه اذا جاز ادماج لجنة البت فى نطاق اجراءات القبول فهو لا يعدو أن يكون قبولا مؤقتا ، أو هو قبول معلق على اعتماد من الجهة المختصة بابرام العقد . فاذا اعتمدته ورأت ابرام العقد ، أصبح القبول نهائيا . والقول بغير ذلك ، وبأن قرار لجنة البت هو بمثابة القبول فى العقود ، قول لا يتفق مع نصوص القانون وغرض الشارع فيما استهدفه من تنظيم ادارى لاجراءات التعاقد ، من مقتضاه أن تتولى هذه الأجراءات ثلاث جهات لكل منها اختصاص معين يتفق مع طبيعة عملها . وتنتهى الاجراءات الى الجهة الادارية المختصة بابرام العقد ، فهى وحدها التى تملك قبول التعاقد أو رفضه . كما أن القول بأن قرار لجنة البت بارساء العطاء يعتبر قبولا يتم معه التعاقد ... هذا القول يؤدى الى تعطيل حق جهة الادارة فى الغاء المناقصة اذا قامت دواعى هذا الالغاء وأسبابه ، حيث يحتج عليها بأن الالغاء يعتبر فسخا للعقد الذى تم ، وهو أمر لا يمكن التسليم به ، ويتعارض مع حكم القانون ، لأن حق الغاء المناقصة حق مقرر لجهة الادارة طبقا لنص المادة السابعة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ... »[١] .

ثالثا : « ... ان لجنة البت هى المرجع النهائى فيما يتعلق بنتيجة المناقصة ، وذلك تأسيسا على أنها الجهة التى تتجمع بين أيديها جميع العناصر الضرورية واللازمة للبت فى أفضل عطاء بعد اجراء المفاضلة والمقارنة بين جميع أصحاب العطاءات ، وهى بحكم تشكيلها

---

(١) فقرة أخرى من الحكم السابق .

تضم من رجال الادارة أصحاب الفن والخبرة والذين يمكنهم الوصول الى اختيار آحسن المتقــدمين فى العطاء سواء من الناحية المالية أو الفنية أو الادارية ، وسلطتها في هذا الخصوص هى سلطة مقيدة فلا تملك تعديل شروط المناقصة ، وانما تصدر قرارات بقبول العطاءات أو برفضها وبترتيب المتقــدمين للعطــاء وبارساء العطاء أو بالغاء المناقصــة اذا ما عرض عليها ذلك رئيس المصلحــة للأسباب المبررة لذلك قانونا ، كما أنه يؤخذ رأيها فى حالة المناقصــة طبقا للمادة الخامسة من المرسوم بقانون (السارى قبل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) ويترتب قانونا على ارساء العطــاء تعيين صاحب العطــاء الأفضل الذى سيبرم معه العقد واستبعاد باقى المتقدمين وتحللهم من التزامهم بالايجاب • أما من رسا عليــه العطــاء ، فلا يتغير مركزه القانونى ، فيبقى أيجابه قائما حتى يعقد العقــد أو ينتهى الميعاد المحدد فى قائمة الشروط لانتهاء مدة الالتزام بالعطاء • والخطــوة التالية لارساء العطاء هى ابرام العقد بمعرفة السلطة المختصة بذلك قانونا • ولا يحول دون ابرام العقد الا ما قد يدعو رئيس المصلحة الى الغاء المناقصة ••• »[1] •

رابعا : « ••• ان القواعد التى تحكم اجراءات المناقصة ••• لا تعتبر مجرد قواعد مصلحية داخلية للادارة ان شــاءت تمسكت بها وان شاءت تنازلت عنها ، ولكنها قــواعد وضعت لصــالح الادارة والأفــراد على السواء ، وقصد بها كفالة احترام مبدأ المساواة بين المناقصين جميعا • وبذلك فان هــذه القواعد بمثابة أحكام قانون التعاقد فى موضوع المناقصة ، فتلزم الادارة والأفراد على السواء ، ويترتب على مخالفتها .بطلان ما تصدره الادارة من قرارات •• » •

خامسا : ولكن ما مدى حرية لجنة البت فى تطبيق الاجراءات الستة مع التسليم بأنها ملزمة ؟! لقــد تعرضت المحكمة للاجابة على هــذا

---

(١) حكمها فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ ، السنة ١١ ، ص ١٧٢ •
(٢) فقرة أخرى من الحكم السابق •

السؤال تفصيليا فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن عملية المناقصة العامة تتم فى مصر على مرحلتين : أولاهما : أعمال تمهيدية من وضع شروط المناقصة والاعلان عنها وتلقى العطاءات المقدمة فيها ، وتحقيق شروطها ثم المفاضلة . والثانية : ابرام العقد بعد ارساء المناقصة . وتتم الأعمال التمهيدية بقرارات للافصاح بها عن ارادتها هى وحدها دون غيرها ، وتلتزم فيها السير على مقتضى التنظيم الادارى المقرر لذلك ، ومن ثم فأن شروط المناقصة تضعها الادارة بمفردها ولا تناقش فيها المتعهد الذى يجب عليه أن يقبلها فى جملتها ، فيغدو فى مركز تعاقدى شكلا ، تنظيمى موضوعا . »

« ويتعين عند التصدى لمبدأ حرية الادارة فى قبول العطاء المقدم لها التمييز بين فرضين اثنين :

أولهما : اذا تقدم صاحب العطاء وكان عطاؤه مخالفا للوائح ، فمن المؤكد أن من حق الادارة أن تستبعده تماما . ولكن هل يجب عليها استبعاده لزاما ؟ يتجه القضاء الفرنسى الى ذلك ، فليس للادارة فى هذا الصدد الا اختصاص مقيد ، والادارة محرومة هنا من السلطة التقديرية .

وثانيهما : اذا تقدم صاحب العطاء وكان عطاؤه متطابقا مع اللوائح ، فمن المؤكد أن من حق الادارة أن ترسى العطاء عليه ، ولكن هل تلتزم حتما بقبوله ؟ وذلك ما يطلقون عليه « حرية الادارة فى القبول واطلاقها » وفى هذا الوضع بالذات تثور أشق المصاعب لتوكيد الاختصاص المقيد لجهة الادارة كلما ألزمناها بقبول كافة العطاءات المتقدمة والسليمة الأوضاع . والقول بجواز استبعاد صاحب عطاء مخالف للقوانين واللوائح قول لا خلاف عليه ولا صعوبة فيه . ولكن متى يكون لزاما على جهة الادارة أن تستبعد عطاءه من المناقصة حتما ، ويتعين عليها أن ترفض ذلك العطاء ؟ القضاء الفرنسى يفرق بين وضعين مختلفين :

(أ) المقاول الذى لا تتوافر فيه الشروط الموضوعية اللازم توافرها للمناقصة : يجب على الادارة دائما أن تنحيه عن المناقصة بغير تردد ، وهذا واجب عليها أن تتبعه ، فهى فى الحقيقة ملتزمة باحترام شروط المناقصة التى صاغتها وطرحتها · فاذا نكلت عن استبعاد كل من خالف شروطها الموضوعية ، فانها ترتكب خطأ بمخالفتها للقانون ، واختصاصها فى هذا الشق مقيد ، وليس عليها الا أن تتحقق مما اذا كان صاحب العطاء قد استوفى الشروط الموضوعية أم أنه فقدها كلا أو بعضا ، ثم يكون على الادارة بعد ذلك أن تحصل النتيجة الواجبة الاتباع · وهنا يصمم القضاء الفرنسى على وجوب استبعاد صاحب العطاء الذى افتقد شروط المناقصة الموضوعية اللازمة لها ، ويحق الطعن فى قرار الادارة بقبول مثل هذا العطاء · مثال ذلك اذا تقدمت شركة بعطاء دون ان تكون مستوفية أوضاع قانون الشركات أو تقدم بعطاء من لا تتوافر لديه كافة الضمانات المالية المطلوبة ، كأن يكون قد تقدم بضمان مالى قاصر أو منعدم ، وكذلك من تجرد من الخبرة الفنية اللازمة للنهوض بالعملية المطروحة فى المناقصة ·

(ب) أما الوضع الثانى فيتمثل فى حالة المقاول الذى لا يتبع قواعد الاجراءات ويخالف الأوضاع الشكلية ، فيجب فى بعض الحالات استبعاد أمثاله · والمقاول فى هذا الفرض يكون مستوفيا حقيقة لكافة الشروط الموضوعية اللازمة للمنافسة ، ولكنه تواجد فى أوضاع غير سليمة بمخالفته قواعد الاجراءات الشكلية · وهنا يكون لجهة الادارة من غير شك الحق فى استبعاد عطائه · ولكن هل عليها حتما واجب اقصائه ؟ ان علينا فى هذه الحالة ان نوائم بين اتجاهين متعارضين تماما · الأول : القول بالزام جهة الادارة باستبعاد كل صاحب عطاء مخالف لقواعد الاجراءات أيا كانت ضآلة تلك المخالفة وتفاهتها · ومعناه أخذ الادارة بالشدة التى لا مبرر لها فضلا عما يترتب على ذلك من تكاثر الطعون والقاء ظل كثيف من الشكوك والريب على سلامة العديد من المناقصات العامة · وقد ناصر هذا الاتجاه الصارم الفقيه الادارى الفرنسى « جيز » بمقولة ان على جهة

الادارة احترام قاعدة المساواة بين المتنافسين فى العطاء • فكلما تسامحت الادارة مع أحد المتقدمين - مهما بلغت تفاهة المخالفة الشكلية - فانهـا تكون بذلك قد أخلت ولو بقدر معلوم بمبدأ المسـاواة فى ميدان المناقصة • الثانى : القول بالزام جهـة الادارة بتفادى طرح المتنافسـين الذين تنكبوا الوضـع الشـكلى فى ميدان المناقصـة العامة • ومعناه اهدار كافة الضـمانات التى تكفل العملية والتى اختطتها بنفسها جهة الادارة لصالح المتنافسين •

« وان قضـاء هذه المحكمة ، وقد وازن بين هذه الاعتبـارات ، لايسعه الا الحرص على المواءمة بين هذين المذهبين المتطرفين ، تحقيقا لمصلحة الادارة ورعاية لصالح الأفراد ، فيضـع معيارا دقيقا يفرق بين المخالفـات الجوهرية من جهة وغير الجوهرية من جهـة أخرى • وهذا المعيار هو ان يتعين على جهة الادارة أن تبادر الى استبعاد كل متقدم بعطاء يكون قد خالف وضعا جوهريا مع عدم الاخلال بما يجيزه القانون • ويكون لجهة الادارة - على عكس ذلك ومن ناحية أخرى - سلطة تقديرية تمكنها من قبول أو استبعاد من يكون قد خالف قاعدة غير جوهرية من المتنافسـين ، فان مثل هذه القواعد انما قد فرضت لصالح جهة الادارة وحدها •

فما هى تلك المخالفـات الجوهرية التى توجب استبعاد صاحب العطاء المسئول عنها ؟ من ذلك كل خرق لقاعدة من شأنها كفالة حياد العمليات • ومن ذلك أيضا كل مخالفة - وان تسامحت فى أمرها جهة الادارة - يكون مؤداها حصول صاحب العطاء المخالف على ميزة مادية محققة تعلو به على أقرانه • ومما يدخل فى هذين الفرضين مثلا : اخـلال المتقدم للمناقصـة بأن يودع طلبه فى المـدة المقـررة • وجهة الادارة لها - بل وعليها - أن تستبعد المتقدم متأخرا تأخرا ينافى سرية المناقصـة • والمسألة من الوضوح بحيث لم يقم عليهـا خلاف الا عند تقديم العطاء بواسطة البريد ، والعبرة فى ذلك بتاريخ تسلم العطاء فى الميعاد المقرر وليس بتاريخ ارساله بخطاب موصى عليه • ولكن لا يمكن التعويل على تأخير تقديم العطاء لحظات معدودات

لا تتجاوز بضع دقائق ما دامت سرية العطاءات مكفولة ، وما دام هذا التأخير التافه لا يخل بقاعدة جوهرية من قواعد الاجراءات • ومما يدخل أيضا فى الفرضين السابقين مثلا الاخلال بالتزام ايداع كافة المستندات التى تعزز الطلب المقدم ، فالمقاول الذى لا يقوم بايداع جميع الأوراق المطلوبة ، يجوز بل ويجب أن يستبعد والا جاز الطعن فى نتيجة المناقصة العامة اذا رسا العطاء عليه • ومع ذلك يخفف من حدة هذا الوضع أمران : الأول ، قضاء مجلس الدولة الفرنسى أولا بجواز أن تسمح جهة الادارة بتقديم المستندات المتأخرة فى وقت لاحق للميعاد • ولكن مجلس الدولة ارتد بعد ذلك الى قضاء متشدد يرمى الى أن جهة الادارة لا يجوز لها أن تسمح بتقديم مستندات متأخرة الا اذا كان هذا الاجراء لا يؤثر فى حرية المنافسة التى لابد من وجودها بين المتنافسين مع مراعاة حسن تنفيذ المشروع موضوع المناقصة • ولكن مجلس الدولة الفرنسى عاد أخيرا (حكم ١٨ يونية سنة ١٩٤٣ قضية شركة منشئات فرنسية) الى اتجاهه المتحرر الأول ، وقضى بأن التأخير فى تقديم المستندات التى سمحت الادارة بتقديمها متأخرا لا يؤدى الى بطلان المناقصة • وأما الأمر الثانى الملطف لحدة الوضـع المشار اليه فيرجـع الى تأثير خطأ الغير ، فاذا ثبت أن المستند لم يقـدم فى الميعاد بسبب خارج عن ارادة صاحب العطاء ، جاز فى هـذه الحالة لجهة الادارة أن تأذن بقبول هذا العطاء • أما عن مخالفة القـواعد غير الجوهرية بين المتنافسين ، فمردها الى تلك المخالفات التى لا تفيد صاحبها بأى نفـع مادى والتى لا تمس الأصـول التى تكفل حيـاد عمليات المناقصات • ففى هذا النطاق تملك جهة الادارة سلطة مطلقة فى تقدير مدى خطورة تلك الأوضاع ، بل وفى قبول صاحب مثل هذا العطاء • وقد سبق لهذه المحكمة أن أوضحت بأن مثل هذه القواعد انما فرضت لصالح الادارة ذاتها • ومن أمثلة القواعد غير الجوهرية : « الالزام بالتأشير على المستندات والأوراق وكذلك الالزام بالحضور شخصيا أو بوساطة من ينوب عن مقدم العطاء فى جلسة اعلان نتيجة ارسال العطاء والالزام باختيار موطن معين ••• » وانتهت المحكمة

الى أن ارساء العملية على مقدم العطاء المتأخر ثمان دقائق فقط لايبطل العملية · « ··· والثابت من استقراء النص ، أن الشارع قد حرص على ذكر الساعة وعلى ذكر التاريخ باليوم ، ولم يدر بخلد الشارع تصور فرض وصول عطاء متأخر دقيقة واحدة بعد فتح الجلسة أو عشر دقائق ··· لأن افتراض ذيوع السرية الواجبة للعملية – وهى الحكمة الأصلية التى أملت نص لائحة المخازن والمشتريات – (الآن لائحة المناقصات والمزايدات) أمر ضئيل الاحتمال فى اللحظات الخاطفة الأولى لافتتاح أولى الجلسات »[1] ·

سادسا : ومما يتصل بالموضوع السابق مدى سلامة الشروط التى ترد فى دفاتر الشروط من « أن الادارة غير ملزمة بقبول أى عطاء كان حتى ولو كان الأقل ، ولا يحق لأحد مطالبتها بأبداء الأسباب » واذا كان هذا الشرط يقصد به تحرر الادارة من مبدأ آلية المناقصة أو المزاد ، فلا شك لدينا فى بطلانه ، فالمناقصات العامة منظمة على أساس تقييد حرية الادارة ، ولجنة البت ملزمة باختيار أفضل عطاء ، واذا انحرفت عنه جاز الطعن فى قراراتها · وبهذا المعنى صدر حكم محكمة القضاء الادارى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧[2] ، فبعد أن أكدت المعنى الذى ذكرناه قالت : « ولا يغير مما سبق ايضاحه ما أوردته لائحة المخازن والمشتريات ··· من أن المصلحة ليست ملزمة بقبول أى عطاء كان ، حتى ولو كان الأقل ولا يحق لأحد مطالبتها بابداء الأسباب ، أو ما جاء فى دفتر الشروط والمواصفات فى المادة ١٣ من أن المصلحة ليست ملزمة بقبول أقل العطاءات أو أى عطاء آخر دون أن تكون ملزمة بابداء الأسباب · فهذا الحكم لا يستقيم وما جاء بالمادة الأولى والحادية والعشرين من المرسوم بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٣ وهما تقضيان بأن تتم عقود التوريدات ومقاولات الأعمال والنقل عن

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة العاشرة ص ٣٥٩ . وفى التمييز بين الشكليات الجوهرية وغير الجوهرية راجع حكمها الصادر فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٦ القضية رقم ١٦٣٢ لسنة ١٠ قضائية ·

(٢) السنة ١١ ص ١٧٢ وقد سبقت الاشارة اليه ·

طريق منقاصات عامة يعلن عنها • اذا ما تعارض نص اللائحة أو شروط المناقصات مع حكم القانون فلا قيمة له من الوجهة القانونية، ومن ثم فلا يجوز الاعتداد به أو تطبيقه لمخالفته لنص القانون »

وبالرغم من وضوح المبدأ الذى تضمنه الحكم السابق وسلامته فقد وجدنا أحكاما أخرى للمحكمة تقضى بسلامة الشرط السابق[1] •

والواقع أن هذه الأحكام الأخيرة محل نظر : فلا تستطيع الادارة كما ذكرنا أن تخرج على القواعد التى تكفل آلية المناقصة (أو المزاد) والا اختلت قاعدة المساواة بين المتنافسين ، وهى دعامة المناقصات العامة • أما اذا كان الشرط السابق يعنى حق الادارة فى استبعاد العطاءات غير الصالحة أو الغاء المناقصة للصالح العام ، فانه يكون شرطا مشروعا ، ولكنه يكون فى ذات الوقت تحصيل حاصل ، لأن حق الادارة فى ذلك يقرره القانون رأسا دون حاجة للنص عليه فى العقود أو فى دفاتر الشروط •

سابعا : ولكن اذا كانت الادارة ملزمة بارساء العطاء على المتقدم بأفضل عطاء فهل هى ملزمة أيضا بالتعاقد معه ؟ لو أجبنا على هذا السؤال بالايجاب ، لكان قرار الارساء هو آخر عمليات التعاقد • ولكن هذا ليس هو الصحيح كما نعلم • ومن ثم فان هذه السلطة المقيدة يوازنها حق خطير للادارة عبرت عنه المحكمة بقولها : « ••• هذا ويقابل الاختصاص المقيد لجهة التعاقد سلطة تقديرية ، هى حق هذه الجهة فى عدم اتمام التعاقد والعدول عنه بالغاء المناقصة حتى لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تقبله ، أو اذا تبينت ملاءمة اتخاذ هذا القرار لظروف تتعلق بالمصلحة العامة أو المصلحة المالية أو

(١) من ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، السنة العاشرة ص ١٢ • وقد جاء فيه : « اذا تضمنت شروط المناقصة ••• بندا ينص على أن الوزارة ليست مقيدة بقبول أقل عطاء أو أى عطاء آخر ، وأنها تحتفظ لنفسها بالحق فى قبول أى عطاء تعتبره فى مصلحتها أو فى الغاء المناقصة كليا أو جزئيا دون ابداء الأسباب ، فان هذا الشرط من الشروط المشروعة والجائزة والواجبة الاحترام » •

وبنفس المعنى والألفاظ حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٥٦ ، السنة العاشرة ص ٣٥٩ •

المصلحة الادارية ، وذلك فى الحالات التى بينها القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ فى مادته السابعة »[١] ٠

ولقد سبق أن ذكرنا أن المادة السابعة ـ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (الملغى) والتى تقابل المادة ١٧ من القانون الحالى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ـ تنص على ما يلى : « تلغى المناقصات بقرار مسبب من رئيس المصلحة بعد النشر عنها وقبل البت فيها اذا استغنى عنها نهائيا ، أما فى غير هذه الحالة فيجوز لرئيس المصلحة الغاء المناقصة فى احدى الحالات الآتية : ١ ـ اذا تقدم عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة الا عطاء واحد ٠ ٢ ـ اذا اقترنت العطاءات كلها أو أكثرها بتحفظات ٠ ٣ ـ اذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد عن القيمة السوقية » ٠

ولقد فسرت محكمة القضاء الادارى هذه المادة بعد أن استعرضت نصها السابق ـ بقولها : « ومفاد هذا النص أن المشرع أجاز الغاء المناقصة فى جميع الأحوال سواء قبل البت فيها أو بعد ذلك ، الا أنه فى حالة الالغاء قبل البت فى المناقصة ، يجب أن يكون سبب الالغاء هو الاستغنا نهائيا عن المناقصة ، وأن يحصل الالغاء بقرار مسبب من رئيس المصلحة ٠ أما اذا كان قد بت فى المناقصة ، فان الالغاء جوازى فى احدى الحالات الثلاث المشار اليها فى المادة ، ويكون الالغاء فى هذه الحالة لرئيس المصلحة أيضا وبقرار منه بناء على رأى لجنة البت »[٢] واذا كان ظاهر كل من نص المادة السابعة السابقة ، والحكم الذى فسرها ، يقصر حق الادارة فى الغاء المناقصة على حالات معينة بعد البت فيها ، فان الأسس العامة التى تحكم العقود الادارية تخول الادارة عدم التعاقد فى جميع الحالات : سواء قبل البت فى المناقصة أو بعدها ، اذا ثبت للادارة أن المصلحة العامة تقتضى

---

(١) حكمها الصادر فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ ، فى القضية رقم ١٠٥٧٨ لسنة ٨ قضائية وقد سبقت الاشارة اليه ٠

(٢) حكمها فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ١٦٣٢ لسنة ١٥ قضائية) ٠

عدم التعاقد . ذلك أن هذه المصلحة العامة تخول الادارة كما سنرى حق التحرر من العقد بعد ابرامه ، فيكون لها من باب أولى عدم ابرامه كلية اذا لم تكن قد تعاقدت بعد ، وتكون الحالات المشار اليها فى المادة السابقة قد وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر .

وهذا ما أقرته المحكمة فى حكمها الصادر فى ٥ يناير سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ١٨٢) حيث تقول : « لا نزاع فى أن للجهات الادارية سلطة تقديرية فى ابرام العقود بعد فحص العطاءات وارسائها على المتعهدين ، ذلك أن طرح المناقصة فى السوق ، وتقديم العطاءات عنها ، وفحصها وارسائها على صاحب أفضل عطاء ، كل ذلك ما هو الا تمهيد للعقد الذى تبرمه الحكومة مع المتعهد . ومن ثم فهى تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقضى بذلك الغاء المناقصة ، والعدول عنها ، دون أن يكون لصاحب العطاء أى حق فى الزامها بابرام العقد أو المطالبة بأى تعويض عن عدم ابرامه ، ذلك أن ما ورد فى القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات من قواعد لتنظيم المزايدات وللبت فى العطاءات عن مشتريات الحكومة ، وما ورد فى لائحة المخازن والمشتريات من قواعد فى هذا الخصوص أيضا ، ما ورد من هذه القواعد والضوابط انما هو مجرد تنظيم للمرحلة السابقة على ابرام العقد ، حتى يتم على أساس سليم ، يصون أموال الحكومة من العبث ، ويوفر الضمانات والفرص المتكافئة للمزايدين والمتعهدين ، فيتم البت فى عطاءاتهم فى جو لا يشوبه ميل أو هوى ، ولم يقصد منها ايجاد قيود على حرية الحكومة فى التعاقد بعد اتمام عملية البت فى العطاءات ، ومن ثم لا يسوغ للمدعى الاستناد الى تلك القواعد والضوابط لتعييب القرار المطعون، لأنه لم يصدر من الجهة الادارية وهى تعمل فى مرحلة البت ، وانما صدر منها وهى تعمل فى مرحلة التعاقد ذاتها وهى مرحلة تتمتع فيها بكل حريتها التى لم يضع المشرع قيودا عليها .

« فاذا كان الثابت من الأوراق ومن أقوال المدعى نفسه أن الباعث للوزارة على الغاء المناقصة كلية هو رغبتها فى سرعة

استيراد الأدوية التى كانت مستشفياتها ووحداتها فى مسيس الحاجة اليها ، بعد أن تبين لها أن حصتها النقدية لعام ١٩٥٨ قد نفذت وانها عاجزة تماما عن تدبير النقد الأجنبى اللازم لعطـاء المدعى ، فانها اذ قررت ايفاد بعثة فنية الى الخارج للتعاقد على شراء الأدوية موضوع المناقصة مباشرة من مصـادر انتاجها بالجنية المصرى لتوفير مكاسب الوسطاء وذلك بدلا من ابرام المناقصة مع المدعى ، تكون قد باشرت سلطتها فى حدود القانون بقصد تحقيق مصلحة عامة دون تعسف أو محاباة لأحد ،ويكون قرار الوزارة بالغاء المناقصة الخاصة بالمدعى ، قد صـدر فى حدود سـلطة الوزير التقديرية فى ابرام العقـد ، ولا مخالفة فيه للقانون أو انحراف » •

ثامنا : لما كانت الرابطة التعاقدية لاتتم الا بعد المصـادقة على قـرار الارساء من الجهـة التى تملك ابرام العقـد ، فان التزامات الأفراد والادارة لا تبدأ فى ميعاد واحد ، أو كما تقول محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ « •• ويترتب على العطاء أثر قانونى هام بالنسبة الى مقدمه ، وهو ارتباطه بهذا العطـاء ، فلا يجوز له سـحبه أو تعـديله طالما أنه لم يبت فيـه ، وفى ذلك استثناء من القواعد العامة التى تحكم العقود والتى تقضى بأنه يجوز سحب العرض المقدم طالما أنه لم يصدر قبول له • ويزيد في ظهور هـذا الاستثناء أن الرابطة العقـدية لا تنشأ بالقياس الى جهة الادارة حتى بعد اختيار لجنة البت فى العطاءات للمناقص ، وأن اختيار المنقاص عن طريق لجنة البت لا يعدو أن يكون اختيارا مؤقتا • ولا يصبح نهائيا الا بعد صـدور قرار باعتماده من جهـة الادارة المختصة ، ولا تبدأ التزامات الادارة التعاقدية الا من تاريخ قـرار هذه المصادقة »[1] •

تاسعا :والخطوة الأخيرة فى هذا الصدد هى اخطار المتقدم الذى قبل عطاؤه برسو العطاء عليه • وقد أوجبت المادة ٣٤ من اللائحة

---

(١) السنة ١١ ص ٢٢٩ •

الجديدة - والمقابلة للمادة ٧٥ من اللائحة الملغاة - على مدير المشتريات اخطار مقدمى العطاءات الذين قبلت عطاءاتهم بنتيجة المناقصة وذلك خلال أسبوع واحد على الأكثر من تاريخ اعتماد نتيجة المناقصة ، ويجب أن يطلب فى الاخطار ذاته ايداع التأمين النهائى خلال المدة المحددة ، وكذلك الحضور لتوقيع العقود ، وترافق العقود صورة طبق الأصل من هذه الأخطارات وترسل صورة منها الى مدير المخازن أو الى القسم المختص حسب الأحوال ، كما يجب اخطار مقدمى العطاءات التى تم استبعادها أو غير المقبولة بأسباب الاستبعاد أو عدم القبول ٠

وما لم يتم هذا الاخطار فان الرابطة التعاقدية لا تقوم ، كما أكدت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٦٩ (سبق) وبالتالى « لا يجوز التحدى فى مواجهته (المناقص) بانعقاد العقد ، ويمتنع بالتالى تبعا لذلك اعمال آثاره ، والاستناد الى أحكامه للشراء على حساب المدعى عليه ، ومطالبته بالآثار المترتبة على ذلك » ٠

أما اذا أخطر المقاول أو المتعهد بقبول عطائه وتأخر فى ايداع التأمين النهائى خلال المدة المحددة له بالاخطار ، فيجوز للجهة المتعاقدة - بموجب اخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ، ودون حاجة لاتخاذ أية اجراءات أخرى أو الالتجاء الى القضاء - أن تلغى العقد ، وتصادر التأمين المؤقت أو أن تنفذه كله أو بعضه على حساب صاحبة بمعرفة الجهة المتعاقدة أو بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية لعطائه أو المناقصة أو الممارسة أو بالطريق المباشر ويكون لها الحق فى أن تخصم من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق له أيا كان سبب الاستحقاق لدى الجهة المتعاقدة أو لدى أية جهة ادارية أخرى كل خسارة تلحقها ، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقها فى الرجوع عليه قضائيا بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الادارى ٠ (مادة ٢٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) ٠

أما التأمين النهائى فقد حـددته المادة ٢٠ من القانون الجـديد (المقابلة للمادة ٥١ من اللائحة الملغاة) بقولها : « على صاحب العطاء المقبول أن يودع فى فترة لا تجاوز عشرة أيام تبدأ من تاريخ اليوم التالى لاخطاره بكتاب موصى عليه بقبـول عطـائه ما يكمل التأمين المؤقت ما يساوى ٥٪ من قيمة مقاولات الأعمال التى رست عليـه و ١٠٪ من قيمة العقود الأخرى • وبالنسبة للعقود التى تبرم مع متعاقد فى الخارج يكون ايداع هذا التأمين فى فترة لاتجاوز عشرين يوما • ويجوز بموافقة السلطة المختصة ، مد المهلة المحـددة لايداع التأمين النهائى بما لايجـاوز عشرة أيام • ويكون التأمين النهائى ضامنا تنفيذ العقد » •

هذا ولقد رأينا فيما سبق أن المادة ٢١ من القانون الجديد ، قد أعفت من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة ، وشركات القطاع العام ، والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها ، وبشرط تنفيذها نلعملية بنفسها • ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة ، بعد موافقة لجنـة البت ، اعفـاء الشركات المحتـكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى بشروط محددة •

ووفقا للمادة ٢٢ من القانون الجديد ، يجوز بقرار مسبب من السلطة المختصة ــ فيما عدا مقاولات الأعمال ــ خفض التأمين النهائى فى الحدود التى تقـدرها بحيث لا يزيد الخفض على ٥٠٪ من قيمة التأمين ، على أن يتضمن الاعلان عن المناقصة قيمة التأمين فى هذه الحالة • ولا يحصل التأمين النهائى اذا قام صـاحب العطاء المقبول بتوريد جميـع الأصناف التى رسا عليه توريدها ، وقبلتها الجهـة الادارية المتعاقدة نهائيا خلال المدة المحددة لايداع التأمين النهائى •

ويجب الاحتفاظ بالتـأمين النهائى بأكمله ، الى أن يتم تنفيـذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط ، وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه •

هذا وقد وردت الأحكام التفصيلية للتأمين فى المواد من ٦٨ الى ٧٢ من اللائحة الجديدة : فيجوز طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقه لدى جهة الادارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية ، ولا يجوز أن يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة ويجوز أن تقدم كفالة بقيمة التأمين اذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيها . (مادة ٦٨) واذا كان التأمين نقدا فيؤدى بايداعه احدى خزائن الحكومة . وتقبل الشيكات على المصارف المحلية أو الخارجية اذا كان مؤشرا عليها بالقبول ، كما تقبل كتب الضمان بشروط معينة (مادة ٦٩) وأوضحت المادة ٧٠ الحالات التى لا يحصل فيها تأمين نهائى كليا أو جزئيا . ويصدر باعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى ، ومد المهلة المحددة لايداع التأمين المؤقت والنهائى بما لا يجاوز عشرة أيام ، أو خفضه بما لا يزيد على ٥٠٪ قرار مسبب من الوزير المختص أو من يمارس سلطاته وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات (مادة ٧٢) .

ويجب رد التأمين المؤقت الى أصحاب العطاءات غير المقبولة ، بغير توقف على طلب منهم ، سواء كان نقدا أو بشيك أو بخطاب ضمان ، وذلك فى خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك اذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب العطاء المقبول . ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائى بأكمله الى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه ، وذلك فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد اتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط (مادة ٧١) .

الفصل الثانى

التعاقد عن طريق الممارسة
(أو عن غير طريق المناقصة)

سبق أن ذكرنا أن هذا الطريق ما يزال هو الأصل فى التعاقد فى مصر وفى فرنسا برغم تعدد الحالات التى يتعين فيها على الادارة أن تلجأ الى طريقة المناقصة أو المزايدة بأنواعها المختلفة . واذا كانت المناقصات (أو المزايدات) العامة يهيمن عليها مبدأ الآلية فى الحدود السابقة ، فان مبدأ التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر «Les marchés sur concours» يخضع لقاعدة حرية الادارة فى اختيار المتعاقد .

وهذه الحرية فى اختيار المتعاقد ، لايتنافى معها اخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانونى معين ، بل سنرى أن التعاقد عن طريق الممارسة يخضع لنظم محددة يتعين على الادارة اتباعها . ولكن مهما كانت دقة النظام المقرر لاحدى طرق التعاقد عن طريق الممارسة ، فانه لا توجد طريقة واحدة تجبر الادارة على اختيار متعاقد بعينه . وبهذا تمتاز طرق التعاقد عن طريق الممارسة عن طرق المناقصات العامة[1] . ونعرض فيما يلى لطرق التعاقد عن طريق الممارسة المقررة فى فرنسا ، ثم لنظام التعاقد عن غير طريق المناقصة فى مصر .

---

(١) ان حرية الادارة فى هذا المجال ليست الا سلطة تقديرية بطبيعة الحال ، وبالتالى يتعين عليها أن تستعملها فى حدود الصالح العام ، ، بمعنى أنها اذا تركت التعاقد مع فرد بذاته للاضرار به أو لمحاباة غيره ، فان عملها يكون مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة وبالتالى يخضع لرقابة الالغاء . بهذا يأخذ قضاء مجلس الدولة الفرنسى باستمرار ، يراجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٤ فى قضية «Etabl. Pinon (Actual. jur. 1954. 11. 498) بل ان مجلس الدولة يكتفى فى بعض الأحيان بالقرائن فى هذا الصدد ، راجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٥ مارس سنة ١٩٣٧ فى قضية «Petet» المجموعة ص ٢٧٤ ، وراجع مطول دى لوبادير فى العقود ، طبعة سنة ١٩٥٦ ، الجزء الأول ص ٣٠٩ الهامش .

المبحث الأول
طرق التعاقد القائمة على حرية الاختيار
فى فرنسا

تمتاز هذه الطرق بأنهـا تترك للادارة أكبر قدر من الحرية فى اختيـار المتعاقد معها ، وهو الاتجاه العالمى فى هذا المجال ، والذى أشرنا اليه فيما سلف • ووفقا لقانون العقود الادارية «Le Code de marchés publics» (المعدل فى ٢١ يناير سنة ١٩٧٦) توجد ثلاثة طرق رئيسية لابرام هذا النوع من العقود ، نتناولها على التوالى :

أولا ـ أسلوب الدعوة الى التعاقد
«Les marchés sur appel d'offres»

ويترك هذا الأسلوب قدرا كبيرا من الحرية للادارة فى اختيـار المتعـاقد ، مع الاحتفاظ ببعض ملامح المناقصـات (والمزايدات) العامة ، لا سيما فى مجال تحقيق المنافسة بين المتقدمين للتعاقد • فيسمح هذا الاسلوب للادارة بأن تحيط بأفضل العروض المقدمة ، ولكن الادارة تتحرر من مبدأ الآلية فى اختيار المتعاقد • وقد وضعه « كود العقـود العامة » على قدم المسـاواة مع أسلوب المناقصـات والمزايدات الذى شرحناه فيما سلف • وقد تنوع هـذا الأسلوب الى ثلاثة طرق على النحو التالى :

أولا : الأسلوب العادى للدعوة الى التعاقد :
«L'appel d'offres ordinaire»

ويقوم هذا الأسلوب على اقامة قدر من المنافسة بين من يرغبون فى التعاقد • ويتضمن « كود العقود العامة » نوعين من هذا الاجراء :

١ ـ الدعوة الى التعاقد المفتوحة L'appel d'offres «ouvert» والتى تسمح لكل من يريد التعاقد بأن يتقدم بعطائه لجهة الادارة فى خلال المدة المحددة •

٢ ـ الدعوة الى التعاقـد المقيده L'appel d'offres «restreint»

ويقصر التقدم اليها على من تتوافر فيهم شروط معينة ·

وفى الحالتين تتمتـع الادارة بحرية شبه مطلقـه فى اختيار من تتعاقد معه · ولا يخضع القضاء الادارى هذه الحرية لرقابته الا فى نطاق « الانحـراف بالسلطة » وذلك متى اختارت الادارة للتعـاقد من استوفى الشروط القانونية أو المعلن عنها · وقـد انتشر هذا الأسـلوب فى التعاقد على حساب أسـلوب المناقصات والمزايدات العامة[1] ·

ثانيا : الدعوة الى التعاقد المصحوبة بمنافسة :

«L'appel d'offres avec concours»

وبمقتضى هذا الأسلوب تقيم الادارة المتعاقدة نوعا من المنافسة بين من يريدون التعاقد ، ولكن دون أن تلتزم بنتيجة هذا الترتيب · وقد نظمت هذا الأسلوب مجموعة العقود الادارية فى المواد ٩٨ وما بعدها و ٣٠٢ وما بعدها · وتخول هـذه المواد للادارة أن تلجأ الى هـذا الأسلوب اذا اقتضت ذلك اعتبارات فنية أو مالية أو جمالية اسـتوجبت القيام بدراسات مسـبقة قبل التعاقد · وقد يتطلب التعاقد اعداد مشروع ، أو التقيد بمشروع سبق اعداده ، أو الاثنين معا ·

واذا كانت الادارة تحتفظ بحريتها فى اختيـار المتعـاقد الذى تفضله ، فان القضاء الادارى قد أقر بأن الادارة تفقد حريتها تلك اذا اعلنت مسبقا أنها تلتزم باختيار الأول[2] ·

ثالثا : الدعوة الجماعية للتعاقد[3] : «L'appel d'offre collectif»

ويرتبط هذا الأسلوب ، بالنظام الذى أقامه المشرع الفرنسى ، والخاص « بتجميـع الطلبات العامة على المستوى المحلى »[4] ، ويضع

(١) مؤلف دى لوبادير فى العقود ، طبعة سنة ١٩٨٣ ، ص ٦٤٠ ·

(٢) مؤلف دى لوبادير المرجع السابق ، ص ٦٤٤ ·

(٣) ويطلق عليها أحيانا «consultation collective

(٤) «Groupements de commandes publiques à L'echelon local».

أحكامه الكتاب الرابع من مجموعة العقـود العامة التى أشرنا اليها فيما سبق • ويسمح هذا النظام لمرافق الدولة ، والوحدات المحلية ، والمؤسسـات العامة بأن تنسق مشـترياتها من بعض المنتجات ، أو طلباتها فى مجال بعض الخدمات ، بهدف الحصول على أفضل الأسعار • وينصب ذلك عادة على المواد الغذائية ، والمنتجات الصناعية ، ومواد الوقود ، ومستلزمات الصيانة والنظافة ••• الخ •

ولكن الاستشارات السابقة على التعاقد ، لا تكون عقدا ملزما ، ولا تغنى عن ابرام عقد وفقا للقواعد العامة • وقـد نظمتها المواد ٣٧١ وما بعدها من مجموعة العقـود العامة ، وتتضمن مرحلتين : الدعوة الى الدخول فى المنافسة ، ثم اختيار من تريد الادارة التعاقد معهم :

١ ــ الدعوة الى الدخول فى المنافسة : وقد تكون هـذه الدعوة مفتوحة أو مقيدة •

٢ ــ اختيار المتعاقد : وقد حدد المشرع اجـراءات معينة لفتح المظاريف ، وترتيبها ، واختيار من يتقدم بأفضـل الشروط ، مع منح الادارة حرية كبيرة فى اختيار المتعاقد أو المتعاقدين •

ثانيا : العقود التى تتم بناء على مفاوضة

«Les marchés négociés»

وينتمى العقد الى هذه الفئة ، وفقا للمادتين ١٠٣ و ٣٠٨ من مجموعة العقود العامة ، اذا أبرم رجل الادارة المختص ، عقدا دون التقيد بشـكليات معينة ، متى رأى أنه يحقق الصـالح العـام[١] • الا أن جهة الادارة المختصـة ، ملزمة بأن تقيم منافسـة بين طالبى التعاقد ، ذات طابع مكتوب ولكن بصورة مختصرة[٢] • ولقد حلت

---

(١) «Engage sans formalité les discussions qui lui paraissent utiles et attribue ensuite librement le marché au candidat qu'elle a retenu».
دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٦٤٧ •

(٢) «Une consultation écrite au moins sommaire».

تسمية «Les marchés négociés» محل التسمية القديمة «de gré à gré» فى ٢١ يناير سنة ١٩٧٦ ٠

ومعظم هذه العقود تتضمن اجراءاتها قدرا من المنافسة ، وان كان بعضها لا يتطلب اجراء منافسة ٠ وهذا القدر الأقل من المنافسة يتمثل فى الاتصالات الأولية التى يتعين على الادارة اجراؤها بين الوحدات المستفيدة من العقد وبين المتنافسين المحتملين لابرام العقد ٠ وقد يتم ذلك عن طريق وسائل الاعلان المناسبة ٠ أما باقى هذه الطائفة من العقود ، فلا يشترط من الادارة أن تجرى هذه الاتصالات قبل التعاقد ٠

ويستعمل هذا الأسلوب غالبا ، اذا كانت احتياجات الادارة لا يمكن اشباعها الا عن طريق براءة اختراع معينة «un brevet d'invention» أو بواسطة أشياء محتكرة ، أو أن تكون المنقولات المطلوبة موجودة عند حائز وحيد ٠

وتقوم هذه الطائفة من العقود على مبدأ أساسى هو أن الادارة حرة فى اختيار المتعاقد وفقا للاعتبارات التى تستقل بتقديرها ، فى نطاق الضوابط العامة التى أشرنا اليها فيما سلف ٠

ثالثا : عقود البحوث أو الدراسات «Les marchés d'études»

كان هذا النوع من العقود محل تنظيم خاص لأهميته بمقتضى مراسيم مستقلة ، ثم أدمجت أحكامه فى مجموعة الأحكام المنظمة لطرق ابرام العقود العامة ، والتى عدلت أحكامها فى تواريخ لاحقة أهمها مرسوم ٢١ يناير سنة ١٩٧٦ و ٣١ مارس سنة ١٩٧٨ و ١٠ يناير سنة ١٩٨٠ ٠

ويميز الفقهاء فى هذا الصدد بين نوعين من هذه العقود :

الأول : ويشمل عقود البحوث والدراسات بمعناها الدقيق والتى ينصب موضوعها على الدراسات التمهيدية ، وعلى مختلف الاحتمالات ، وعلى كيفية التنفيذ ، وعلى الجوانب الاجتماعية

والاقتصادية والثقافية ، وعلى الدراسات المتعلقة بالصناعة والخبرة ... الخ[١] .

والثاني : ويشمل عقود التوصيف «Les madchés de définition» وهى نوع متخصص من عقود الدراسات ، يستهدف الكشف عن الظروف والاحتمالات الخاصة بدراسات تزمع الادارة اجراءها فيما بعد . وترمى هذه الدراسات الى تحديد الأهداف المراد تحقيقها ، وأنسب الدراسات والوسائل الكفيلة بتحقيق هذه الغايات ، والوسائل الفنية المستخدمة ، والمواد والأشخاص اللازمة لانجاز العمل . كما ترمى هذه الدراسات الى تحديد التكلفة المناسبة للقيام بهذه الدراسات ، ومراحل انجازها . وثمة نوع متخصص من هذه العقود ، أحاطه المشرع الفرنسى بعناية خاصة وهو المتعلق بالأمور الهندسية والمعمارية «marchés d'ingénierie et d'architecture» .

وتنظم هذا النوع من العقود المواد ١٠٨ و ٣١٤ من مجموعة العقود العامة . وتبرم العقود المشار اليها بأحد أسوبين : أسلوب الدعوة الى التعاقد «appel d'offres» أو أسلوب المفاوضة «marché négocié» على النحو السابق توضيحه .

(١) «Recherche exploratoire, études de conception, études de faisabilité, études socio-économiques ou socio-culturelles, études industrielles, expertise, service de conseil en organisation ... etc».

المبحث الثانى

التعاقد عن غير طريق المناقصة فى مصر

الأصل الذى صدر عنه المشرع فى مصر ، سواء فى ظل القانون الجديد أو القانون الملغى ، هو فرض نظام المناقصات أو المزايدات العامة بالنسبة للعقود التى ذكرها · فالمادة الأولى من القانون الجديد ، فى فقرتها الأولى ، تنص صراحة على أن « يكون التعاقد على شراء المنقولات ، وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها » · كما أن المادة ٣٠ من ذات القانون تقضى بأن « يكون التصرف بالبيع أو تأجير المقاصف وغيرها عن طريق مزايدة عامة أو محلية أو المطاريف المغلقة ··· » ولكن هذا الأصل العام ، قد أقام المشرع بجواره استثناءات :

فالمادة الأولى بعد أن أوردت فى صدرها الحكم العام السابق ، استطردت قائلة « ويجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السلطة المختصة ، التعاقد باحدى الطرق الآتية : (أ) ـ المناقصة المحدودة · (ب)المناقصة المحلية · (جـ) الممارسة · (د) الاتفاق المباشر ··· »

كما أن المادة ٣٠ من ذات القانون قد تضمنت استثناء من الأصل العام فى المزايدات بقولها : « ويجوز عند الضرورة التصرف بالبيع أو الايجار دون مزايدة اذا لم تزد القيمة على ألف جنيه · وذلك طبقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية · كما يجوز استثناء ـ وبقرار مسبب من السلطة المختصة ـ التصرف بالبيع أو الايجار عن طريق الممارسة فى الحالات الآتية : ١ ـ الأصناف التى يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها · ٢ ـ الأصناف التى لم تقدم عنها أية عروض فى المزايدات أو التى لم يصل ثمنها الى الثمن الأساسى · ٣ ـ حالات الاستعجال الطارئة التى لاتحتمل اجراءات المزايدة »

أما عن المناقصة المحدودة ، والمناقصة المحلية ، فهما نوعان محددان من المناقصات يخضعان لأحكامها العامة التى عرضنا لها فيما

سلف ، الا ما نص عليه صراحة من أحكام خاصة ٠ وواضح من استعراض النصوص التى أوردناها أن المشرع قد اشترط فى التعاقد بغير المزايدات العامة أو المناقصات العامة شرطين اساسيين هما : ألا يلجأ اليها الا بصورة استثنائية وبقرار مسبب من السلطة المختصة ٠ وشرط التسبيب سوف يتضمن بطبيعة الحال ، ذكر الظروف الاستثنائية التى أدت الى العدول عن الطريق الأصلى ٠ ونكتفى فى هذا المقام باستعراض الأحكام العامة لطريقى الممارسة والاتفاق المباشر ٠

الفرع الأول
الممارسة

١ ــ وقد حدت حالاتها المادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حيث تقول : « يكون التعاقد عن طريق الممارسة فى الأحوال الآتية : ١ ــ الأشياء المحتكر صنعها أو استيرادها ٠ ٢ ــ الأشياء التى لا توجد الا لدى شخص بذاته ٠ ٣ ــ الأشياء التى لا يمكن تحديدها بمواصفات دقيقة ٠٤ ــ الأعمال الاستشارية أو الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها اجراءها بمعرفة فنيين أو أخصائيين أو خبراء معينين ٠ ٥ ــ الحيوانات والطيور والدواجن على اختلاف أنواعها المطلوبة لأغراض غير التغذية ٠ ٦ ــ التوريدات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل وتقديم الخدمات التى تتصف بالاستعجال أو التى تقضى المصلحة العامة أن تتم بطريقة سرية أو التى لم تقدم عنها أية عطاءات فى المناقصات أو قدمت عنها عطاءات بأسعار تزيد على أسعار السوق ، وكانت الجهة الطالبة فى حاجة عاجلة لا تسمح باعادة طرحها فى المناقصة » ٠

٢ ــ وتتولى اجراءات الممارسة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية حسب أهمية وطبيعة التعاقد ، ويشترك فى عضويتها مندوب عن وزارة المالية اذا جاوزت القيمة عشرين ألف جنيه ، وعضو من مجلس الدولة اذا جاوزت

القيمة مائة ألف جنيه • ويكون تشكيل لجنة الممارسة ، فى حالة اجراء الممارسة فى خارج الجمهورية ، بقرار من السلطة المختصة ، على أن يشترك فى عضوية هذه اللجنة مندوب عن وزارة المالية اذا جاوزت القيمة مائة ألف جنيه ، وعضو من مجلس الدولة اذا جاوزت القيمة مائتى ألف جنيه • ولا يكون انعقاد لجنة الممارسة صحيحا ـ بطبيعة الحال ـ الا بحضور المندوب والعضو المشار اليهما فى الحالات المحددة •

ويجوز للسلطة المختصة تفويض اللجنة المذكورة بالتعاقد مباشرة ان وجدت مبررا لذلك • « ويجب فى جميع الحالات أن يكون قرار اللجنة مسببا » •

وتسرى على الممارسة الأحكام الخاصة بالمناقصات فيما لم يرد بشأنه نص خاص بها فى قانون المناقصات والمزايدات (مادة ٦ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣)

٣ ـ هذا وقد خول المشرع وزارة الدفاع ـ فى حالات الضرورة ـ التعاقد بمناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر أو الممارسة ، وفقا لأحكام القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن اعفاء عقود التسليح من الضرائب والرسوم والقواعد المالية • (مادة ٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) •

٤ ـ أما تفاصيل أحكام الممارسة ، فقد أوردها المشرع فى المادتين ٤٧ و ٤٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة على النحو التالى :

مادة ٤٧ : توجه الدعوة لتقديم العروض فى الممارسات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول تتضمن البيانات الواجب ذكرها فى الاعلان عن المناقصات العامة والمبينة بهذه اللائحة مع تحديد ميعاد أول اجتماع للجنة الممارسة ليحضره الموردون والمقاولون أو مندوبوهم •

ويجب أن توجه الدعوة الى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة والمقيدين بسجل الموردين والمقاولين •

كما يجوز الاعلان عن الممارسة وذلك بترخيص من السلطة المختصة بالاعتماد . وتتولى لجنة الممارسة مجتمعة اجراء ممارسة الموردين والمقاولين ومناقشتهم فى جلسات علنية مفتوحة للموردين والمقاولين أو مندوبيهم ، ثم ترفع اللجنة توصياتها بالنتيجة الى السلطة المختصة بالاعتماد ما لم تكن اللجنة مفوضة بالتعاقد مباشرة.

ويجب على لجنة الممارسة أن تثبت كافة ما اتخذته من اجراءات ومناقشات فى محضر يتضمن توصياتها ويوقع عليه من جميع أعضائها .

مادة ٤٨ : تكون اعتماد توصيات لجنة الممارسة من السلطات الآتية :

١ ـ رئيس المصلحة المختص لغاية ٢٠٠٠٠ (عشرين ألف) جنيه .

٢ ـ رئيس الادارة المركزية المختص ٥٠٠٠٠ (خمسين ألف)

٣ ـ الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك .

الفرع الثانى
الاتفاق المباشر

١ ـ نصت على هذا الطريق المادة ٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حيث تقول : « يجوز فى الحالات العاجلة التى لاتحتمل اجراء المناقصة ، وبناء على ترخيص من السلطة المختصة ، التعاقد بطريق الاتفاق المباشر فيما لا تزيد قيمته على ألفى جنية بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل ، وأربعة آلاف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال . كما يجوز التعاقد بهذا الطريق ، لشراء أصناف محتكرة من شركات فى الخارج ، ليس لها وكلاء فى مصر ، فيما لا تزيد قيمته على ثمانية آلاف جنيه » .

كما تنص الفقرة الثانية من المادة ٨ من ذات القانون على أنه « يجوز لوزير التموين (فى حالات الضرورة) شراء مواد التموين اللازمة لحاجة البلاد أو نقلها بمناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر ،

وذلك بموافقة رئيس مجلس الوزراء فى كل حالة ، وطبقا لما يقرره من شروط ، وذلك مع عدم الاخلال بالقـواعد المعمول بها بالنسبة للهيئة العامة للسلع التموينية » ٠

وتتضح الصفة الاستثنائية لهـذا الطريق من اشتراط المشرع فى المادة السابعـة لشرطى الضرورة ، وتحديد القيمة القصـوى للعقد ٠ كما تتضح ذات الصفة فى المادة الثامنة من ضرورة موافقة رئيس مجلس الوزراء ، وهو قمة الجهاز الادارى فى الدولة ٠

٢ ـ وقد وردت تفاصيل الاتفاق المباشر فى المادتين ٥٠ و ٥١ من اللائحة الجديدة ، على النحو التالى :

مادة ٥٠ : يجب فى حالات الضرورة التى يتم فيها اجراء الشراء أو الخدمات أو تنفيذ مقاولات النقل أو مقاولات الأعمال بطريق الاتفاق المباشر فى حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات أن يـكون ذلك بترخيـص من رئيس الادارة المركزيـة أو رئيس المصلحة المختص وان تبين فى المستندات الاسباب الملحة التى تقضى باتبـاع طريق الاتفـاق المباشر ، وان يدون الموظف المسئول على مستندات الصرف اقرارا بأن الأصناف أو الاعمال مطابقة من حيث النوع والمواصفات للغرض المطلوبة من اجله وان الاسعار مناسبة ٠

ويكون اعتماد نتيجة التعاقد بهذا الطريق من السلطات الآتية :

١ ـ رئيس المصلحة المختص لغاية ١٠٠٠ جنية (الف جنية) سالنسبة للمشتريات العادية ولخدمات ومقاولات النقل و ٢٠٠٠ جنية (ألفى جنيه) بالنسبة لمقاولات الأعمال و ٤٠٠٠ جنيه (أربعة آلاف جنية) بالنسبة لشراء أصناف محتكرة من شركات فى الخارج ليس لها وكلاء فى مصر ٠

٢ ـ رئيس الادارة المركزية فيما يزيد على ذلك ٠

مادة ٥١ : لا يجوز تكرار التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أكثر

من مرة واحدة فى السنة الواحدة بالنسبة الى ذات عملية الشراء أو الخدمة أو مقاولة الأعمال أو النقل الا فى حالة الضرورة وبموافقة الوزير المختص ٠

٣ — هذا وقد نصت المادة ١١٦ من اللائحة الجديدة على أحكام التصرف بالبيع أو التأجير بطريق الممارسة،وأخضعته لذات القواعد والاجراءات والسلطات التى تنظم الشراء بطريق الممارسة والتى أوردناها فيما سلف ٠

وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ١٢٠ من اللائحة الجديدة ، تأجير المقاصف الموجودة بالجهات الادارية للجمعيات التعاونية التى تضم العاملين بها ، اذا كان ذلك يدخل فى نشاطها بطريق الاتفاق المباشر،وبترخيص واعتماد السلطة المختصة اذالم تزد القيمة على ألف جنيه فى السنة ٠ ويجب فى جميع الحالات ألا تجاوز مدة التأجير ثلاث سنوات ، يعاد بعدها النظر فى القيمة الايجارية بمعرفة اللجنة المختصة ، وتتخذ اجراءات التعاقد من جديد فى حدود أحكام لائحة المناقصات والمزايدات ٠

٤ — ويجب أخيرا على الجهة الادارية البائعة أن تبلغ مصلحة الضرائب بجميع ما يباع من منقولات لغير الوحدات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، ويجب أن يتضمن التبليغ البيانات الواردة فى المادة ١١٩ من اللائحة المذكورة ٠

٥ — وقد قررت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ص ٧٧٨) المبدأين التاليين بخصوص التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر :

أولا — « الأصل فى التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر هو حرية الادارة فى اختيار من يتعاقد معها ، وان كانت هذه الحرية لا ينتفى معها اخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانونى معين ٠ وقد التقى الفقه والقضاء الادارى على أنه مهما بلغت دقة

النظام المقرر لاحدى طرق التعاقد عن طريق الممارسة ، فانه ليس ثمة أسـلوب واحد تلتزم به جهة الادارة لاختيار متعـاقد معين • وعلى هـذا الأساس تتميز طـرق التعاقد عن طريق الممارسـة ، عن طريق التعاقد عن طريق المناقصات العامة » •

ثانيا ـ لا يمكن تفسير المادة ١٢٤ من اللائحة (الملغاة) على أنها تحول الممارسة الى مناقصة « اذ أنه من المسلم فى مجال التفسير أن نصوص التشريع الواحد يجب ألا تتناسخ ، بل يتعين تفسيرها باعتبارها وحدة متكاملة يفسر بعضـها بعضا على النحو الذى يحقق أعمـال جميع النصوص لا اهمال البعض منها » • ولما كان القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات قد سمح للادارة بالالتجاء الى الممارسة ، فان التفسير العكسى يكون متناقضا معه،ومع باقى نصوص اللائحة •ومن ثم فان المحكمة الادارية العليا قد فسرت الالزام الوارد فى المادة ١٢٤ بأنه ينصب على « اتباع الاشتراطات العامة الواردة فى الباب الثانى من اللائحة الخاص بالمناقصات العامة ، بل انها قصدت الى أن تتبع من هذه الاشتراطات ما يتوافق ولا يتعارض مع طبيعة حريتها فى اختيار المتعاقد معها ، ويكون قصارى ما تطلبته هـذه المادة اذن هـو اتباع الاشتراطات العامة الواردة فى الفصلين الأول والثانى من هذا الباب ، وهى بالذات الاشـتراطات المتعلقة بالتأمينات الواردة فى الفصـل الثانى منه ضمانا لجدية العطاء وتنفيذا للعقد على حسن وجه ••• ومن حيث أنه يترتب على ما تقدم أن الادارة تظل فى نطاق الممارسة محتفظة بحريتها الكاملة فى اختيار المتعاقد معها » •

ومع التسليم بوجاهة هذا التدليل ، فان عدول الادلرة عن صاحب أفضل عطاء ، استنادا الى حريتها فى الاختيار ، لابد أن يقوم على أسباب جدية تتصل بالصالح العـام ، والا كان تصرفا مشوبا بعيب الانحراف يخضع لرقابة القضاء الادارى •

ملحوظة أخيرة : لما كان المشرع قد أخضع عقودا بعينها للتنظيمات السابقـة فان الادارة تكون حـرة فى اختيار طريقة التعاقد فيمـا

عداها ، وبالتالى فان التنظيمات السابقة انما تلزم الادارة فى مجال تطبيقها فحسب • أما فى خارج هذا المجال فتسترد الادارة حـريتها كاملة • ولكن هذه الحرية تخضع لقيدين كبيرين :

القيد الأول : وهو قيد ملزم ، يهيمن على جميع تصرفات الادارة ، ونعنى به قيد التعسف والانحراف • فالمعروف أن سلطات الادارة فى الوقت الحاضر هى سلطات تقديرية ، لا تحكمية ولا تعسفية • وبالتالى فان للادارة أن تترخص فى اختيار المتعاقد معها فى حدود الصـالح العـام • وهى فى ذلك تخضـع للرقابة الادارية فى نطـاق الادارة ذاتها ، وللرقابة القضائية الموجودة دائما • وكل هذ امجرد تطبيق للقواعد العامة •

القيد الثانى : ويرجـع الى الرقابة الذاتية التى قـد تفرضها الادارة مختارة على نفسها ، ذلك أن عدم تنظيم طريقة معينة للتعاقد بالنسبة الى جميع العقـود ، لا يعنى أن الادارة لا تستطيع أن تلجأ مختارة الى الطرق التى نظمها المشرع لابرام العقود التى أشرنا اليها فيما سلف ، فقد ترى الادارة أن تلجأ مختارة الى طريقة المناقصة أو المزايدة لتكفل الوصول الى أفضل الشروط المالية أو الفنية • وقد رأينا فى فرنسا ، أن التجاء الادارة الى طرق المزايدة أو المناقصـة وفقا للقواعد التى يضعها المشرع أو القواعد التى ترسمها الادارة ذاتها ، لا يعنى أن تفقد الادارة حريتها كليـة ، بل يترتب عليه أن تلتزم الادارة باحترام القواعد والاجراءات المقـررة للطريقة التى تتبعها ، مع بقـاء حريتها النهائية فى اختيار المتعاقد من بين الذين تسفر عنهم المناقصـة أو المزايدة • فالادارة فى هـذه الحالة تكون مقيدة فى الاجراءات حرة فى الاختيار • ولقد سبق أن أوردنا حكم محكمة القضاء الادارى المصرى الصادر فى ٦ يناير سـنة ١٩٥٧ ، والذى طبقت فيه المحـكمة المبادىء السابقة ، فبعـد أن ذكرت أن القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ لا تسرى أحكامه الا بالنسبة الى عقود معينة ، استطردت قائلة « ... فاذا أرادت الادارة أن تتبع نظـام

المزايدة بالنسبة له (عقد من العقود التى لا تخضع للقانون السابق) فانها (الادارة) انما تطبق المبادىء الأساسية التى تخضع لها المزايدة العامة ، من حيث استهدائها بما فى نصوص القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ من التزام نظام محدد بخصوص تشكيل لجان فتح المظـاريف وفحص العطاءات ، على ألا يكون من نتيجة اتباع هذه الأنظمة تقييد حرية الادارة فى الغاء المزايدة اذا بدالها عدم ملاءمتها ، وأن يكون لها حق الاعتراض على تنفيذها ... مما يستوجب أن يترك للادارة سلطة تقديرية فى ابرام العقد .. » .

ولا شك أن الادارة فى مصر تستطيع أن تستهدى بطرق الممارسة المختلفة فى فرنسا والتى أشرنا اليها فيما سلف .

الباب الثانى

كيفية ابرام عقود الادارة

١ ـ رأينا فى الباب الأول كيف تختار الادارة المتعاقد معها ، ولمسنا كيف قيد المشرع سلطتها فى هذا الصدد • والواقع أن المشرع لم يقيد الادارة فيما يتعلق بكيفية اختيار المتعاقد فحسب ، بل فرض عليها كثيرا من القيود يتعين عليها مراعاتها من أول خطوة من خطوات التعاقد حتى ابرام العقد •

٢ ـ وقد أتيح لمحكمة القضاء الادارى المصرية أن تبرز تلك الفكرة فى بعض أحكامها، تكتفى منها بحكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (س ١١ ، ص ١٠٦) والذى تقول فيه : « ان النظرية القانونية العامة فى العقود الادارية ، تبدأ على غرار مثيلتها فى العقود المدنية بالتقصى عن شروط تكوين العقد الادارى ، ومن بعدها يبحث عن شروط صحة انعقاد العقد وطرائقه من حيث اختيار الطرف المتعاقد مع الادارة واعداد شروط التعاقد • وتتكون العقود التى تبرمها الادارة فى العادة من عملية أكثر تعقيدا منها فى العقود المبرمة بين الأفراد • ويبرز أشد أنواع هذا التعقيد بوجه خاص فى الشق المتعلق بالتعبير عن ارادة جهة الادارة التى تكون طرفا فى العقد الادارى كما يتكون العقد المدنى من تلاقى رضاء كل من الطرفين المتعاقدين برضاء الآخر ، واذا كان التعبير عن ارادة المتعاقد مع جهه الادارة يشبه فى بساطته التعبير الصادر منه فى نطاق القانون الخاص ، الا أن التعبير عن ارادة جهة الادارة غالبا ما يتم فى شكل عملية مركبة معقدة متشابكة ، وقد تكون على مراحل متعددة ، وفى فترات متلاحقة على حسب الأحوال • وعادة ما يسبق ذات التصرف الذى يتم بمقتضاه ابرام العقد الادارى طائفة من الاجراءات والتدابير التى تمهد وتهيىء لمولد ذلك التصرف الذى قد تعقبه طائفة

أخرى من تدابير واجراءات التصديق والاعتماد اللازم لابرام العقد ، وتكون مكملة له مستهدفة اعمال أحكامه وتطبيق بنوده . وطبيعي أن يكون ابرام العقد الادارى مسبوقا فى العمل بمرحلة تحضيرية تدور خلالها المباحثات والمفاوضات . وهـذا التبادل لوجهـات النظر بين الطرفين الراغبين فى ابرام العقد ، لا يمكن أن يولد فى حـد ذاته رابطة عقدية ... » .

وعادت المحكمة الى تكرار المبادىء السابقة بشكل أكثر تفصيلا فى حكمها الصادر فى ٢٠ يونية سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ان للعقد الادارى خصائص فى ابرامه تختلف عن أحكام القانون الخاص ، اذ ترد فيه على حرية الأشخاص المعنوية العامة قيـود : منها ما يتعلق بشكل العقد وموضوعه ، والنصوص التى تتضمنه . ومنها ما يتعلق بحرية اختيار الشخص الذى تريد جهـة الادارة التعاقد معه ، ذلك بأنه يشترط لابرام بعض العقود استفتاء هيئات نص عليها القانون ، ويشترط فى البعض الآخر عرضها على الهيئة التشريعية ، وصدور قانون بشأنها . يضاف الى هذا أن الأشخاص المعنوية تتقيد بنصوص معينة تفرضها القوانين واللوائح ، وعليها كذلك أن تسلك سبلا معينة للتعاقد ، وتتبع اجراءات خاصة من شأنها ضمان اختيار المتعاقد . كما أن من العقـود الادارية ما يجب - من حيث الشكل - أن يكون مكتوبا حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائيـة التى تميزه عن عقود القانون الخاص[١] ... » .

٣ - ولقد خصصنا الباب الأول من هـذا القسم لدراسة القيود التى ترد على حـرية الادارة فى اختيار المتعاقد . وفى هـذا الباب الثانى ندرس سائر القيود الأخرى التى تسبق الرابطة التعاقدية . ونلفت النظر هنا أيضا الى أن هذه القيود ليست مقصورة على العقود الادارية بمعناها الفنى الدقيق ولكنها تشمل عقـود الادارة بصفة عامة .

(١) القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية وزارة التموين ضده عبده سلوت .

ونرى أن نقوم بتلك الدراسة على النحو التالى :

١ ـ القيود السابقة على التعاقد ·

٢ ـ عملية التعاقد فى ذاتها ·

٣ ـ دور الشكل فى مجال العقود الادارية ·

المبحث الأول

القيود السابقة على التعاقد

تتبلور هذه القيــود فى اجراءات يتعين على الادارة أن تمر بها قبل أن تستطيـــع ابرام العقــد · وتلك القيــود عديدة يمكننا أن نتناول أهم صورها فيما يلى :

الفرع الأول

الاذن المالى

١ ـ لا تستطيع الادارة أن تتعاقد ، وأن تلتزم بمبالغ معينة الا اذا وجد الاعتماد المالى اللازم لمواجهة الأعباء الجديدة[1] · وهــذه القاعدة ليست مقصورة على نشاط الادارة المتعلق بالعقود الادارية ، ولكنها تشمل كل نشاط ادارى تقوم به الادارة ، ويترتب عليه التزام بدفع مال · واذا كان القانون المالى وثيق الصلة بالقانون الادارى فان المسلم به ـ وفقا للنظرة الفرنسية التى نأخذ بها فى مصر ـ أن القانون المالى مستقل عن القــانون الادارى[2] · ويترتب على ذلك

---

(١) «L'existense des crédits budgétaires règulièrement ouvertes».

(٢) راجع فى هذا الخصوص « مالية الدولة ـ للدكتور محمد حلمى مراد » طبعة سنة ١٩٥٧ ص ٢٠ حيث يقول :

« وقد حدت هــذه العلاقات القــائمة بين كل من مالية الدولة وبين القــانونين الادارى والدستورى بالبعض الى اعتبار دراسة المالية فرعا من فروع القانون العام ، ولكن هذا الرأى محل نظر ··· الأمر الذى يجعل من التشريع المالى فرعا مستقلا له ذاتيته الخاصة وله قواعده وتفسيراته وأهدافه التى تختلف عن أساليب وتفسيرات وأهداف القوانين الأخرى ··· » ·

نتيجة بالغة الأهمية ، وهى أن جزاء مخالفة القواعد المالية مقصور على نطاق القانون المالى[١] .

٢ ــ ويرتب القضاء الفرنسى على الفصل بين مجالى كل من القانونين المالى والادارى النتيجتين الهامتين التاليتين :

النتيجة الأولى : أن مخالفة الادارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالى لا يترتب عليها بطلان التصرف الادارى . ومن ثم فان الادارة اذا تعاقدت برغم عدم وجود اعتمادات مالية فان العقد يكون سليما وملزما للادارة في مواجهة الأفراد ، سواء أكان الاعتماد غير موجود كلية أو كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به[٢] . وبهذا المبدأ يقضى مجلس الدولة الفرنسى ، اذ يجرى باستمرار على الغاء امتناع الادارة عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية بحجة مخالفة الادارة للقواعد المتعلقة بالاعتمادات المالية[٣] .

ولكن عدم وجود الاعتماد المالى يترتب عليه أثر عملى هام فى مواجهة المتعاقد مع الادارة ، ذلك أنه لا يستطيع اجبار الادارة على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية الا بعد تدبير المبالغ اللازمة لذلك بالطرق المشروعة المقررة[٤] .

ويبرر الفقهاء هذه النتيجة التى يقول بها القضاء ، بالاستناد الى حالة الاستحالة التى يتواجد فيها المتعاقد مع الادارة ، من حيث عدم

---

(١) مؤلف الأستاذ دى لوبادير فى العقود ، المرجع السابق ، الجزء الأول ص ١٤٣ وما بعدها . وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٨ مارس سنة ١٩٢٤ فى قضية «Jaurou» منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٢٤ القسم الثالث ص ٢٩ مع تقرير «M.R. Mayer» .

(٢) مؤلف جيز فى العقود ، الجزء الأول ص ١٥ ، ومؤلف الفقيهين لافيرير وفالين بعنوان : «Traité élémentaire de science et de législation financières» ص ١٥٤ .

(٣) على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ فى قضية «Dame Baudoin» المجموعة ص ١٠٢٩ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٤ فبراير سنة ١٩٤٩ فى قضية «Villarets» المجموعة ، ص ٥٢ .

امكان تأكده مقدما من وجود الاعتمادات المالية ، وأن الادارة المتعاقدة معه قد احترمت القواعد المتعلقة بها ٠

ولقد أتيح للمحكمة الادارية العليا فى مصر أن تأخذ بالقواعد السابقة ٠ ففى حكمها الصادر فى ١١ فبراير سنة ١٩٥٦ تقول : « ٠٠ فالثابت فى فقه القانون الادارى أن العقد الذى تبرمه الادارة مع الغير كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلا ، ينعقد صحيحا ، وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو جاوزت الادارة حدود الاعتماد أو لو خالفت الغرض المقصود منه أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه ، فمثل هذه المخالفات ــ لو وجدت من جانب الادارة ــ لا تمس صحة العقد ولا نفاذه ، وانما تستوجب المسئولية السياسية ٠ وعلة ذلك ظاهرة ، وهى أن هذه العقود الادارية التى تبرمها الادارة مع الغير هى روابط فردية ذاتية ، وليست تنظيمية عامة ٠ ويجب من ناحية حماية هذا الغير ٠ ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة فى الادارة ٠ فليس فى مقدور الفرد الذى يتعاقد معها أن يعرف مقدما اذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر ، وما اذا كان يسمح بابرام العقد أو لا يسمح ، وما اذا كان العقد فى حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس فى حدود الغرض ، فكل أولئك من الدقائق التى يتعذر على الفرد العادى، بل الحريص ، التعرف عليها ٠ ولو جعل صحة العقود الادارية أو نفاذها رهنا بذلك ، لما جازف أحد بالتعاقد مع الادارة ، ولتعطل سير المرافق العامة »[1] ٠

ويجب أن يضاف الى ما تقدم ، أن الادارة المتعاقدة ترتكب خطأ حين تتعاقد مع عدم احترام القواعد المتعلقة بالمالية العامة ، وأنها مسئولة عن هذا الخطأ على أية حال ٠

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا ، السنة الأولى ، ص ٦٩٨ ٠ ولكن المحكمة لم تعمل القاعدة السابقة بالنسبة الى نفاذ القرارات الادارية التنظيمية الصادرة فى شئون الموظفين ٠ ولقد ناقشنا هذه المشكلة فى مؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الادارية » فى طبعاته المتعددة ٠

النتيجة الثانية : أن اعتماد المبالغ اللازمة للتعاقد — فى الحالات التى يتعين فيها على جهة الادارة المتعاقدة الحصول على هذا الاعتماد مقدما — لا يلزم الادارة بالتعاقد ، وذلك سواء أكان الاعتماد يصدر فى صورة قانون من البرلمان ، أو قرار من مجلس من المجالس • فبرغم صدور الاعتماد ، فان جهة الادارة المتعاقدة تستطيع أن تعدل عن التعاقد اذا وجدت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك • ففتح الاعتماد ليس الا مجرد اذن غير ملزم بالصرف •

وهذه القاعدة ليست فى الواقع مقصورة على مجال العقود الادارية ، ولكنها قاعدة عامة ، فوجود الاعتمادات المالية فى ميزانية ادارة من الادارات ، لا يعنى الزام هذه الادارة بالصرف ، بل تحتفظ تلك الادارة — كقاعدة عامة ، وما لم يرد نص مخالف فى تشريع من التشريعات — بسلطتها التقديرية فى استخدام تلك الاعتمادات فى الغرض الذى خصصت له •

ومن ثم فان وجود الاعتماد المالى لا يرتب بذاته التزاما فى جانب الادارة ، وانما يوجد هذا الالتزام حين تتدخل الادارة ، وتعبر عن ارادتها ، باستخدام الاعتماد فى تحقيق الغرض الذى رصد الاعتماد من أجله[1] • على أنه من الواجب أن نذكر ملحوظة أساسية فى هذا الصدد ، وهى المتعلقة باخضاع بعض الجهات الادارية ذات الاستقلال الذاتى لوصاية السلطة المركزية ، فالمجالس المحلية (مجالس المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى) ، تستطيع التعاقد والتصرف بشىء من الاستقلال تحت رقابة السلطة الادارية المركزية • ويخول المشرع جهة الوصاية ، فى حالات استثنائية ، حق الحلول محل السلطات اللامركزية اذا قصرت فى القيام بتصرف معين يرى المشرع

---

(١) جاء فى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٣ فى قضية «Chambre Syndicale des industries de chasse» قوله :

«Si le budget de la défense nationale comporte, depuis 1948 les crédits nécessaires pour la fabrication de cartouches de chasse par la poudrerie de S. en vue de leur vente au public, le vote de ces crédits n'a pas eu pour effet d'ériger légalement en service public la dite fabrication».

الزامها بالقيام به . وقد وردت مثل هذه الحالات فى قوانين مجالس المديريات والمجالس البلدية القديمة ، وفى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ ، وفى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ باصدار قانون نظام الحكم المحلى ، وفى القانون الحالى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) فالمادة ١٢١ (معدلة) من القانون الأخير توجب ادراج المبالغ الآتية بمشروعات موازنات المحافظات اذا أغفلت ادراجها كلها أو بعضها :

١ - الالتزامات التى تكون المحافظة أو احدى وحدات « الحكم المحلى » فى نطاقها ملتزمة بها .

٢ - الاستخدامات التى يفرضها هذا القانون أو أى قانون آخر .

٣ - مصروفات الادارة أو الصيانة اللازمة لحسن سير المرافق والمنشآت أو الأعمال التى تتولاها المحافظة أو وحدات « الحكم المحلى » فى نطاق المحافظة .

ففى هذه الحالات تصبح جهة الادارة اللامركزية ملزمة بانفاق المبالغ التى أدرجتها الادارة المركزية - باعتبارها جهة الوصاية - فى الغرض الذى خصصت من أجله ، ويتعين بالتالى التعاقد اذا كان انفاق تلك المبالغ يستلزم ابرام عقود ادارية أو غير ادارية .

الفرع الثانى

ضرورة الحصول على تصريح بالتعاقد

١ - يستلزم المشرع بالنسبة الى بعض العقود الهامة ، ضرورة حصول جهة الادارة المتعاقدة على تصريح أو اذن بالتعاقد من جهة يحددها بحيث لا تستطيع الادارة التعاقد كلية بدون هذا الاذن .

وهنا يختلف الاذن عن شرط الاعتماد المالى . فلقد ذكرنا فيما سلف أن وجود الاعتماد المالى ليس شرطا لسلامة التعاقد . وليس هذا هو الشأن بالنسبة الى شرط الحصول على الاذن بالتعاقد . ذلك أنه حيث يشترط المشرع ضرورة لحصول على هذا الاذن ، يكون هذا

الاذن ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية ، بمعنى أن تعاقد الادارة دون الحصول على هذا الاذن ، يؤدى الى بطلان العقد بطلانا مطلقا «nul d'une nullité absolue» ذلك أن المسلم به فى الفقه الادارى الفرنسى أن القواعد الخاصة بضرورة التصريح السابق ، هى قواعد متعلقة بالنظام العام «des règles d'ordre public» لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالاوثيقا ، ومن ثم فلا يمكن مقارنتها بالقواعد المقررة لحماية ناقصى الأهلية فى القانون الخاص[١] ٠

وبهذا المبدأ أخذ قسم الرأى بمجلس الدولة المصرى ، اذ جاء فى احدى فتاويه الخاصة بضرورة موافقة البرلمان على العقود التى تتضمن تبرعا من جانب الدولة قوله : « ٠٠٠ فاذا كانت السلطة التشريعية وهى سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها ، فان ارادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب ، وانما تكون منعدمة اطلاقا ، اذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة فى مجلس الوزراء بالتعبير عن ارادة الدولة فى عقد التبرع ، يعتبر منها طغيانا عن السلطة التشريعية يعدم ارادة الدولة ٠ ومتى انعدمت الارادة التى تعتبر العنصر الأساسى فى تكوين العقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا وجود له فى نظر لقانون ، وانما هو واقعة مادية بحت ، وبالتالى يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار[٢] ٠٠٠ »

---

(١) جيز ، مؤلفه السابق ص ٢١ و ٣١ ، ودى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ ٠

(٢) فتوى فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة الثامنة ومنتصف التاسعة ص ٢٢٦ ٠

وقد استطردت الفتوى تقول : « ٠٠٠ الا أن هذه الآثار « آثار الانعدام » تقف عند الآثار المستقبلة دون الماضية ، لأن هذه الأخيرة لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطأ الدولة ٠ هذا البطلان لا تصححه الاجازة حتى ولو كانت بقانون ٠ ومن ثم اذا رأت الدولة — تبعا لتقديرها — اعطاء احدى الجمعيات قطعة أرض بايجار أسمى ، فلها أن تصدر قانونا بابرام عقد جديد مع الجمعية المذكورة ٠٠٠ » واعتبرت الفتوى أن هذا المبدأ ، مبدأ دستوريا لا يسقط بسقوط الدستور ٠

وراجع فتواه رقم ٣٦٠ الصادرة فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٤ ، بذات المعنى السابق ، فى خصوص منح التزامات المرافق العامة ، المجموعة السابقة ، ص ٤٦ ٠ وهى فتوى قسم الرأى مجمعا ٠

وفى فتوى أخرى ، يؤكد قسم الرأى أن عدم احترام الادارة لنص المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ ، وتعاقد الادارة على استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية بلا اذن سابق من البرلمان ، يجعل الترخيص «باطلا بطلانا مطلقا» . ويرد القسم على وجهة النظر الأخرى والقائلة «بأن التصرفات التى تبرم بغير اذن البرلمان مع وجوب عرضها عليه تبقى نافذة لازمة ، ولا يكون هناك سوى المسئولية السياسية للوزارة، أو الوزير » يقول القسم : « ان الاختصاص فى القانون العام ، يقابل الأهلية فى القانون الخاص . وكما يشترط لكى يكون التصرف الفردى صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية أن يكون المتصرف متمتعا بالأهلية القانونية لابرامه ، كذلك يشترط لصحة التصرف الادارى أن يكون الموظف الذى يصدر منه هذا التصرف مختصا ، وأن يكون موضوعه جائزا ومشروعا ، وأن تراعى فيه الشروط الشكلية التى ينص عليها القانون . على أن الاختصاص فى القانون العام أضيق نطاقا من الأهلية فى القانون الخاص ، اذ الأصل فى القانون الخاص أن الشخص ذو أهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك ، أما فى القانون العام ، فالأصل أن الموظف غير مختص بها الا بالنسبة الى المسائل التى ينص على اختصاصه بها . وفى الحالة المعروضة لا اختصاص للسلطة التنفيذية فى الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية ،فالتزامها باطل بطلانا مطلقا لعدم اختصاصها به ، ومن ثم لا يترتب على هذا الالتزام الباطل أثر »[1] .

ولما كان العقد الذى تبرمه الادارة دون الحصول على الاذن السابق معدوما من الناحية القانونية ،فان المتعاقد مع الادارة لا يستطيع أن يتمسك به فى مواجهة الادارة فى هذه الحالة كما هو الشأن فى حالة عدم وجود الاعتماد المالى . ولكن هذا لا يعنى أن

---

(١) واستطرد القسم قائلا : « أما المسئولية السياسية أمام البرلمان ، فهى لا ترد الا بالنسبة الى تصرفات تصدر من الوزير صحيحة فى حدود اختصاصه ، ويؤخذ عليها عدم ملاءمتها أو عدم اتفاقها مع الصالح العام » .

فتوى القسم رقم ١٦٢ فى ١٩٥٠/٥/١٨ ، مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٨٦ .

الفرد لا يستطيع الحصول على التعويض اذا لحقه ضرر من جراء تعاقد الادارة على خلاف المقرر • فالمسلم به أن الفرد هنا لا يستطيع أن يرجع على أساس الرابطة التعاقدية ، لأن هذه الرابطة لم توجد كلية ، ولكنه يستطيع أن يرجع على الادارة اما على أساس الخطأ «base quasi-délictuelle» باعتبار أن الادارة قد أخطأت بعدم الحصول على الاذن ، وأن خطأها هذا قد حمل المتعاقد اضرارا مادية أو معنوية • واما على أساس قاعدة الاثراء بلا سبب «enrichissement sans cause» اذا استطاع أن يثبت أن الادارة قد أفادت من جراء تنفيذ العقد المعدوم •

أما اذا كان الفرد قد استفاد من العقد المعدوم ، فلقد رأينا أن مجلس الدولة المصرى قد أفتى بأن آثار العقد المعدوم والتى تمت فى الماضى «•• لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطأ الدولة » •

كما أن المجلس قد أفتى أيضا بأنه لا سبيل الى تصحيح العقد المعدوم للسبب السابق ، وأن كانت الادارة تستطيع أن تبرم عقدا مبتدأ مع احترام القواعد المقررة ، فتنشأ الرابطة التعاقدية لأول مرة[1] •

٢ ـ وهنا أيضا ـ وكما هو الشأن بالنسبة الى الاعتماد المالى ـ اذا كان اذن البرلمان ضروريا ، فان الادارة بعد الحصول على هذا الاذن ، تحتفظ بحريتها فى اتمام الرابطة التعاقدية أو عدم اتمامها طبقا لمقتضيات الصالح العام • وبهذا المعنى أفتى قسم الرأى مجتمعا فى ١٩٥٣/١/٢٥ حيث يقول : « ويرى قسم الرأى مجتمعا أن عقد الترخيص بالبحث لا يتم الا بعد صدور قبول من الوزير المختص للايجاب الصادر من طالب الترخيص ، وأن هذا القبول لا يكون الا بناء على الاذن من البرلمان فى ذلك • والقانون الصادر من البرلمان

---

(١) الفتوى المشار اليها فى الهامش السابق •

متضمنا هذا الاذن ، وان كان شرطا لابرام العقد ، الا أنه غير ملزم للسلطة المختصة بالمنح ، فيبقى لهذه السلطة دائما أن تترخص فى تقدير ملاءمة منح الترخيص من عدمه بما لها من حق الاشراف والرقابة على حسن استغلال موارد الثروة الطبيعية فى البلاد[1] » .

٣ - ويأخذ الاذن فى الحالات السابقة صورا متعددة : فقد يصدر من البرلمان فى صورة قانون ، وهذه أقوى صور الاذن على الاطلاق ، وقد لا يفرغ فى صورة قانون . وقد يكون الاذن فى صورة قرار جمهورى أو قرار من مجلس الوزراء أو من الوزير أو من أية جهة ادارية أخرى . والمسلم به أن الحكم واحد فى جميع الحالات السابقة . وفيما يلى نعرض لبعض العقود التى يتطلب فيها الاجراء السابق ، لا سيما العقود التى يشترط فيها المشرع موافقة البرلمان .

أولا : العقود التى يشترط أن يأذن البرلمان للادارة بابرامها :

يجرى تقليدنا الدستورى منذ مدة طويلة ، وحتى قبل صدور دستور سنة ١٩٢٣ ، على ضرورة موافقة البرلمان قبل ابرام بعض العقود الهامة . ولقد تجلى هذا الاتجاه فى بعض مواد الدستور سنة ١٩٢٣ وما يقابلها من دساتير سنة ١٩٥٦ وسنة ١٩٦٤ وسنة ١٩٧١ على النحو التالى :

دستور سنة ١٩٢٣ :

مادة ١٣٦ - « لا يجوز تقرير معاش على خزانة الحكومة أو تعويض أو اعانة أو مكافأة الا فى حدود القانون » .

مادة ١٣٧ - « لا يجوز عقد قرض عمومى ولا تعهد يترتب عليه انفاق مبالغ من الخزانة فى سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة البرلمان .

وكل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية فى البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة ، وكل احتكار لا يجوز الا بقانون والى زمن محدود .

---

(١) مجموعة الأستاذ سمير أبو شادى ، ص ٩٦ .

يشترط اعتماد البرلمان مقدما فى انشاء أو ابطال الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر أعمال الرى التى تهم أكثر من مديرية ، وكذلك كل تصرف مجانى فى أملاك الدولة » .

دستور سنة ١٩٥٦ :

مادة ٩٦ ـ « لا يجوز للحكومة عقد قرض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة فى سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة مجلس الأمة » .

مادة ٩٧ ـ « يعين القانون قواعد منح المرتبات والمعاشات والتعويضات والاعانات والمكافآت التى تقرر على خزانة الدولة ، وينظم حالات الاستثناء والسلطات التى تتولى تطبيقها » .

مادة ٩٨ ـ « ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، كما يبين أحوال التصرف بالمجان فى العقارات المملوكة للدولة وفى أموالها المنقولة والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك » .

مادة ٩٩ ـ « لا يجوز منح احتكار الا بقانون والى زمن محدود »

دستور سنة ١٩٦٤ :

مادة ٧٢ : « لا يجوز للحكومة عقد قرض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة فى سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة مجلس الأمة » .

مادة ٧٣ : « يعين القانون قواعد منح المرتبات والمعاشات والتعويضات والاعانات والمكافآت التى تقرر على خزانة الدولة ، وينظم حالات الاستثناء منها ، والسلطات التى تتولى تطبيقها » .

مادة ٧٤ : « ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزام المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، كما يبين أحول التصرف بالمجان فى العقارات المملوكة للدولة ،

والنزول عن أموالها المنقولة ، والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك » ٠

دستور سنة ١٩٧١ :

وقد أورد المــواد الثلاث السابقة فى صياغة مختلفة قليلا حيث يقول :

مادة ١٢١ : « لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة الا بموافقة مجلس الشعب » ٠

مادة ١٢٢ : « يعين القــانون قــواعد منح المرتبات والمعــاشات والتعويضات والاعانات والمكافآت التى تقرر على خــزانة الدولة ٠ وينظم حالات الاستثناء منها والجهات التى تتولى تطبيقها » ٠

مادة ١٢٣ : « يحدد القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، كما يبين أحــوال التصرف بالمجــان فى العقــارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك » ٠

هذا ولقد سبق لنا ــ عند دراسة العقود الادارية المسماة الهامة ــ أن عرضنا لهذا الموضوع بمناسبة عقد الامتياز ، وأوضحنا ما انتهى اليه الرأى فى ظل دساتير مصر المتعاقبة حتى الآن ٠

ونتناول هذا الموضوع هنا من الناحية العامة :

وأول ما يلاحظ فى هذا الصدد أن التقليد كان يجــرى فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ على أن يعبر البرلمان عن ارادته فى صورة قانون ٠ وبالتالى فلقــد كان من المتعين أن يكون الاذن الصادر من البرلمان ــ باجازة التعاقد ــ فى الحالات التى يتعين فيها الحصــول على موافقة البرلمان ، مفرغا فى صورة قانون ٠

أما دستور سنة ١٩٥٦ فقــد التزم خطة أخــرى ، فلم يشترط القانون صراحة الا فى حالة واحدة ، وهى حالة منح احتكار ٠ أما فى

غيرها فقد أحال الى قانون لتنظيم كيفية التصرف . وهذه الاحالة تمكن المشرع من اصدار قانون يخول الادارة التعاقد مباشرة ، فى الحدود التى يضعها لها التشريع . وقد جرى التطبيق العملى فى ظل دستور سنة ١٩٥٦ على خطة تغاير الخطةالتى سار عليها العمل فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ ، ذلك أن التطبيق العملى قد كشف لنا أن واضعى دستور سنة ١٩٥٦ قد أرادوا المعنى الحرفى الوارد فى ذلك الدستور ، من التمييز بين الاصطلاحين « بقانون » و « بموافقة مجلس الأمة » وأنهم قصدوا بالموافقة مجرد الموافقة ، دون حاجة لأن تفرغ هذه الموافقة فى صورة قانون كما كان الشأن فى الماضى . اتبع هذا المسلك فيما يتعلق بالميزانية والاعتمادات الاضافية[1] . وواضح أن ما يسرى على الميزانية والاعتمادات الاضافية ، يسرى على كل أمر يكتفى فيه الدستور بمجرد « موافقة » مجلس الأمة . وقد استمر هذا التقليد فى ظل دستورى سنة ١٩٥٨ وسنة ١٩٦٤ .

ولقد انتقدنا ومازلنا هذا المسلك الجديد ، لأنه لا يقدم كثيرا من الناحية العملية ، ذلك أن اشتراط موافقة البرلمان تنتهى عملا الى ما يساوى افراغ الموافقة فى صورة قانون ، لأن القانون لا يعنى بعد الحصول على موافقة البرلمان الا بعض اجراءات تستقل بها الادارة ، كتصديق رئيس الجمهورية والنشر . كما أن النظام القانونى للاعمال التى يجب أن يوافق عليها البرلمان لا يختلف كثيرا عن التشريعات باعتبار أنها من قبيل الأعمال البرلمانية التى لا تختص المحاكم بالنظر فيها[2] . ولهذا فاننا نرحب بعودة دستور سنة ١٩٧١[3] الى تقاليدنا القديمة والتى تقوم على اصدار الميزانية بقانون ، اذ نصت الفقرة الثالثة من المادة ١١٥ منه على أن تصدر الميزانية بقانون ، وكان يكتفى – وفقا للتقليد السابق – بمجرد

---

(١) راجع مناقشتنا لهذا الموضوع فى « مبادىء القانون الدستورى » ص ٢٨٧ وما بعدها .

(٢) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « القضاء الادارى » وقد سبقت الاشارة اليه .

(٣) الذى شاركنا فى اعداده .

موافقة البرلمان عليها . فهل يتبع ذات المسلك بالنسبة الى الأمور التى يتعين أن يوافق عليها البرلمان ؟! لابد من انتظار التقاليد البرلمانية فى هذا الصدد .

٤ ـ هذا وبالرجوع الى مسلك مجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد خلال فترة الانتقال التى أعقبت سقوط دستور سنة ١٩٢٣ ، نجد أنه قد أفتى بأن مبدأ عدم التبرع بأموال الدولة الا بموافقة السلطة التشريعية لا يسقط بسقوط دستور سنة ١٩٢٣ « .. ذلك أن سقوط دستور سنة ١٩٢٣ لا يعنى سقوط المبادىء الدستورية العامة ، ومن هذه المبادىء حق السلطة التشريعية فى مراقبة السلطة التنفيذية فى التصرف فى أموال الدولة واشتراكها فى ابرام هذا التصرف ان كان تبرعا . واذا كانت الحكمة من وجود هذه الرقابة غير قائمة الآن لتركيز السلطة التشريعية فى مجلس الوزراء ، وهو بعينه السلطة التنفيذية ، فانه يجب المحافظة على هذا المبدأ من الناحية الشكلية ، طالما أن مجلس الوزراء عبر عن ارادته فى التفريق بين القرارات والقوانين وكلها تصدر منه ، والا لما كنا فى حاجة لاصدار قوانين على وجه الاطلاق »[1] .

واذا كان هذا هو الرأى فى ظل نظام يخلط بين السلطتين التنفيذية والتشريعية ، فانه أجدر بالاتباع فى ظل النظام الذى يميز بين السلطة التنفيذية وبين مجلس الشعب .

وبذات المبدأ أفتى مجلس الدولة فيما يتعلق برقابة منح التزامات المرافق العامة . فقد جاء فى فتوى قسم الرأى مجتمعا والصادرة فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ قوله : « باستقراء أحكام الدساتير المقارنة ـ لاسيما الدستور البلجيكى والفرنسى ـ يبين أن هناك عرفا دستوريا مستقرا يقضى بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية فى خصوص منح التزامات المرافق العامة أو استغلال موارد الثروة

---

(١) فتوى المجلس السابقة ، والصادرة فى ٢٢ سبتمبر فى ١٩٥٤ .

الطبيعية . غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة ، بل تقتصر على المرافق القـومية الرئيسية والموارد الطبيعيـة الهامة ، واذا كانت معـظم الدساتير خالية من نصوص صريحة ، تدون هذا العرف ، وتقيم حدده وقيوده ، فقد تولت القوانين هـذا التحديد ، فوضعت فاصلا بين ما يجب الرجوع فيه الى البرلمان من هذه التصرفات لأهميته ، وما تنفرد باجرائه السلطة التنفيذية . والسائد فى هذه القوانين أن المرافـق المحلية يترك أمر ادارتها الى الهيئات الاقليمية والمحلية خاضعة فى ذلك لوصاية الحكومة المركزية فى حدود القوانين المنظمة لاختصاص هذه الهيئات . وازاء خلو التشريع المصرى من قانون عام يحدد مجال اختصاص كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية فى هذا الشأن ، فان تقدير ما اذا كانت أهمية المرفق فى كل حالة على حدة تستوجب اشتراك السلطة التشريعية فى منح التزام استغلاله من عدمه يكون متروكا لكل وزير فيما يخصه . فالمرافق العامـة وموارد الثروة الطبيعية التى يرى الوزير أنها لا تبلغ هذا القدر من الأهمية يكون منح التزام استغلالها من سلطته ، وذلك اتباعا للأصل العام الذى يقضى بأن كل وزير يختص بادارة شئون وزارته . وغنى عن البيان أنه اذا وجد تشريع خاص ينظم كيفية استغلال مرفق عام أو مورد معين من موارد الثروة الطبيعية ، فانه يجب التزام أحكامه ، مادامت متمشية مع المبادىء الدستورية المتقدمة الذكر . مثال ذلك القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ الخاص بالنقل العام لركاب السيارات ... وكذلك القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ الخاص بالمناجم والمحاجر ... وتطبيقا لما تقـدم فان التزام صيد الأسـماك والمحـار من بحيرتى البردويل والزرانيق له من الأهمية ما تستوجب الرجوع الى مجلس الوزراء كسلطة تشريعية لاستصدار قـانون بالاذن فى منحه ، وذلك رغم ما ورد فى المادة العاشرة من المرسوم بقـانون الصادر فى ٢١ أبـريل سنة ١٩٢٦ من اعطائه الوزير سلطة منـح التزام الصيد فى

بحيرة البردويل وفى أى منطقة من أى بحيرة أخرى ، لما هو ظاهر من تعارض هذا الحكم الأخير مع الأصل الدستورى السابق الاشارة اليه »[1] .

ثانيا ـ بعض العقود التى يجب موافقة جهة ادارية قبل ابرامها :

وهذه العقود كثيرة ومبعثرة ، ويرجع فيها الى كل قانون على حدة . على أن أبرز مظاهرها يتجلى فى علاقة الادارة المركزية ، بالهيئات اللامركزية التى تخضع لوصايتها . ولما كانت اللامركزية الادارية لها صورتان ، هما اللامركزية الاقليمية واللامركزية المصلحة ، فاننا نكتفى بالنصوص الواردة فى هذا الخصوص :

أولا : اللامركزية الاقليمية (الادارة المحلية)[2] : ويحكمها الآن القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) وأبرز صور الوصاية نظمها المشرع على النحو التالى :

أولا : رئيس مجلس الوزراء ومجلس الوزراء : وقد نصت المادة ١٤ من القانون معدلة ، فى فقرتها الثانية على أنه « مع عدم الاخلال بأحكام القوانين الخاصة بتمليك الأجانب للعقارات ، يجوز للمجلس ـ بعد وافقة رئيس مجلس الوزراء ـ التصرف بالمجان أو

---

(١) الفتوى رقم ٤٤٩ فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة الثامنة والنصف الأول من التاسعة ص ٧ .

وراجع مع ذلك حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٤ يونية سنة ١٩٥٦ ، وقد انتهى الى عكس قسم الرأى بخصوص المرسوم بقانون الصادر فى ١٩٢٦/٤/٢١ ، وقد أوردناه فى مكان سابق من هذا المؤلف . والخلاف بين الجهتين مرجعه الى مدى أهمية صيد الاسفنج فى تلك المناطق . ونحن أميل الى الرأى الذى قال به قسم الرأى .

(٢) استعمل الدستور الاصطلاح السليم وهو الادارة المحلية . ولكن ابتداء من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ الصادر بعد الدستور مباشرة والقوانين التى تلته ونعنى بها القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ والقانون الحالى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) استعمل اصطلاح الحكم المحلى ، وهو أمر غير مفهوم ، ويجافى اعتبار الدستور القانون الأعلى الذى يجب أن يتقيد به المشرع خصوصا وأن اصطلاح الدستور هو الأدق كما ذكرنا . فى التفاصيل « مبادىء القانون الادارى » طبعة سنة ١٩٧٣ وما بعدها .

التأجير بايجار اسمى أو أقل من أجر المثل لاحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية فى حدود خمسين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة لغرض ذى نفع عام ··· ويجب موافقة مجلس الوزراء فيما يجاوز ذلك · وفى الأحوال التى يكون فيها التصرف أو التأجير وفقا لأحكام هذه المادة لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية يجب الا تزيد مدة الايجار على ثلاثين سنة ، يجوز تجديدها بقرار من مجلس الوزراء ، كما يجب بقاء الأموال موضوع التصرف أو التأجير مخصصة للغرض الذى تم التصرف أو التأجير من أجله · فاذا زال هذا الغرض لأى سبب أو اذا أخل المتصرف اليه أو المستأجر اعتبر التصرف أو عقد الايجار مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى أو اعذار ، وفى هذه الحالة تسترد المحافظة الأموال موضوع التصرف أو التأجير بالطريق الادارى · »

كما تنص الفقرة ٤ من المادة ٤٢ (معدلة) من ذات القانون على أنه « لا يجوز التصرف بالمجان فى مال من أموال المركز أو تأجيره بايجار اسمى أو أقل من أجر المثل ، فيما يجاوز خمسين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة الا بموافقة مجلس الوزراء · »

وأخيرا فان المادة ٥٠ (معدلة) من القانون المشار اليه تنص على أنه لا يجوز للمجلس الشعبى المحلى للمدينة أن يتصرف بالمجان أو التأجير بايجار اسمى أو بأقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية الا لغرض ذى نفع عام الا بموافقة رئيس مجلس الوزراء اذا زادت قيمة التبرع عن عشرين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة ولم تجاوز خمسين ألف جنيه · فاذا جاوز التبرع هذا الحد وجبت موافقة مجلس الوزراء ·

ثانيا ـ الوزير المختص بالادارة المحلية : ووفقا للمادة ٥٠ السابقة لا يجوز للمجلس الشعبى المحلى للمدينة التصرف بالمجان أو

التأجير بايجار اسمى أو بأقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أولجهة أجنبية الالغرض ذى نفععام،وبموافقة الوزير المختص بالادارة المحلية اذا كان ذلك فى حدود عشرين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة ٠

ثالثا ـ وأحيانا يتعين موافقة المحافظة ، كما ورد فى المادة ٥٠ السابقة والتى تنص فى فقرتها الأولى على أنه « يجوز للمجلس الشعبى المحلى للمدينة ـ بعد موافقة المحافظة ـ التصرف بالمجان فى مال من أموال المدينة الثابتة أو المنقولة أو تأجيره بايجار اسمى أو بأقل من أجر المثل بقصد تحقيق غرض ذى نفع عام وذلك اذا كان التصرف لاحدى الوزارات أو المصالح الحكومية أو الهيئات العامة أو شركات القطاع العام أو الجميعات والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام ٠

رابعا ـ بل ان المشرع قد استحدث فى نظام الادارة المحلية الجديد ، وصاية من قبل مجلس الشعب (البرلمان) على المجالس الشعبية المحلية ، حيث نصت المادة ١٢٩ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ على أنه «لايجوز لوحدات الادارة المحلية،ابرام أى قرض أو الارتباط بأى مشروع غير وارد فى الخطة أو الموازنة اذا كان يترتب عليه انفاق مبالغ فى فترة مقبلة الا بعد موافقة مجلس الشعب » ٠

ثانيا : اللامركزية المصلحية : ولها صورتان :

١ ـ الهيئات العامة : وقد ورد نصان بخصوصها فى القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ على النحو التالى :

(مادة ٥) « للوزير المختص سلطة التوجيه والاشراف والرقابة على الهيئات التابعة له » ٠

مادة ١١ : « تبلغ قرارات مجلس ادارة الهيئة الى الوزير المختص

لاعتمادها ، وعلى الوزير أن يقدم الى رئيس الجمهورية المسائل التى تستلزم صدور قرار منه فيها » ٠

أما تفاصيل الرقابة على كل هيئة عامة على حـدة ، فقـد أحال المشرع بخصوصها الى القرار الجمهورى الصادر بانشائها ٠

٢ ـ المؤسسات العامة : وقد ألغيت المؤسسات العامة سنة ١٩٧٥ فلم يبق من صـور اللامركزية المصلحية الا صـورة واحـدة وهى الهيئات العامة ٠

الفرع الثالث

ضرورة صدور قرار من المجالس الادارية قبل التعاقد

١ ـ تتمتع الهيئات الادارية اللامركزية بالشخصية المعنوية ، ويمثلها عادة هيئتان : مجلس منتخب أو معين أو يجمع بين الصفتين ، وعضو للتنفيـذ ٠ فبالنسبة للامركزية الاقليمية (الادارة المحلية) نجـد أن المشرع قـد أورد الاختصـاصـات على أنهـا اختصاصات المجالس ٠ فالمواد من ١٢ الى ١٨ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) قد حددت اختصاصات المجالس الشعبية المحلية للمحافظات ٠ والمادتان ٤١ و ٤٢ (معدلة) من ذات القانون قد أوردت اختصاصات المجالس الشعبية المحلية للمراكز ، والمادتان ٤٩ و ٥٠ (معدلة) قد ذكرت اختصاصات المجالس الشعبية المحلية للمدن ، وهى تنطبق على الأحياء فى حالة تقسيم المدينة الى أحياء مثل القاهرة والاسكندرية ٠ وأخيرا فان المادة ٦٨ من القانون عينه قد ذكرت اختصاص المجالس الشعبية المحلية للقرى ٠ أما فى خصوص تمثيل الوحدات الاقليمية ، فان المشرع فى القـانونين رقم ٥٢ لسـنة ١٩٧٩ (المعـدل) قـد سلك سبيل التمثيل المزدوج : فالفقرة الأخيرة من المـادة الثالثة من القانون الأخير تنص على أن « يمثل المجلس الشعبى المحـلى رئيسه أمام القضاء وفى مواجهـة الغير » كما أن المادة الرابعـة منه تقضى بأن « يمثـل المحـافظة محافظها ، كما يمثل كل وحدة من وحـدات

الادارة المحلية الأخرى رئيسها» • ولاشك أن هذا التمثيل المزدوج لابد وأن يثير كثيرا من المشاكل فى التطبيق • ولا مخرج من هذا كله الا أن يخطو المشرع الخطـوة المتبقيـة والتى طالبنا بها مرارا وهى أن ينتخب المجلس المحلى رئيسه من بين أعضائه ، وأن يكون هذا الرئيس هو الرئيس المحلى للوحدة الادارية المحلية ، فيزول هذا الازدواج بما يترتب عليه من نتائج •

وبالنسبة الى اللامركزية المصلحية ، سلك المشرع ذات الاتجاه : فكل من الهيئات العامة يتولى ادارتها جهتان :

مجلس الادارة : وهو السلطة العليا المهيمنة على شئون الهيأه وتصريف أمورها ، واقتراح السياسة العامة التى تسير عليها • كما أن له أن يتخذ ما يراه لازما من القـرارات لتحقيـق الغرض الذى قامت من أجله وفقا لأحكام القانون وفى الحـدود التى يبينها قـرار رئيس الجمهورية الصـادر بانشـاء الهيئة (المادة ٧ من القـانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣) •

رئيس مجلس الادارة : اذا كان مجلس الادارة هو سلطة التقرير (أى اتخاذ القرارات) فان رئيس مجلس الادارة هو سلطة التنفيذ ، فهو الذى يتولى ادارة الهيئة ، ويصرف شئونها وفقـا للأحكام التى تضمنها قرار رئيس الجمهـورية الصـادر بانشائها ، وتحت رقابة واشراف الجهـة الادارية المختصـة • وهو الذى يمثلها فى صلاتها بالهيئات وبالأشخاص الأخـرى أمام القضاء ، كما أنه المسئول عن تنفيذ السياسة العامة الموضوعة لتحقيق أغراض الهيئة العامة •

٢ ــ وواضـح من العـرض السابق أنه فى حـالة ابرام هيئة ادارية لعقد من العقود ، فان العقـد يمر بمرحلتين : الأولى مرحلة اصدار قرار من المجلس باعتباره العضو المختص باتخاذ هذه الخطوة «L'organe délibrant» والثانية تنحصر فى توقيع رئيس المجلس للعقد ، باعتبـاره العضـو المنفـذ لرغبـة المجـلس «L'organe d'exécution» .

وهـذا الازدواج يثير كثيرا من المسائل التى كشف عنها العمـل أمام مجلس الدولة الفرنسى مما يستدعى دراستها بشىء من التفصيل .

٣ ـ ومن الواضـح أن قرار المجـلس بالتعـاقد[١] ، هو شرط جوهرى لوجود العقد ولسلامته . وأن هذا القـرار ، هو على خلاف القرارات التى رأيناها فى الصورة السابقة (التصريح بالتعاقد) ملزم لعضو التنفيذ بحيث يتعين عليه ابرام العقد ، بعكس القرارات الادارية التى قد تصدر فى الصـورة السابقة . فالمسلم به أن تلك القـرارات غير ملزمة ، ومن ثم تحتفظ الجهـة الادارية المتعـاقدة بحريتها كاملة فى ابرام العقد برغم صدور قرار الموافقة على التعاقد من الجهة التى تتعين موافقتها .

ويجب من ناحية أخرى لابرام العقد فى هذه الصورة أن يصدر قرار خاص بالتعاقد[٢] . فلا يكفى وجـود الاعتمادات المـالية فى ميزانية الهيئة ليتمكن عضو التنفيذ من ابرام العقود التى خصصت لها تلك الاعتمادات[٣] . فاذا ما تعاقد عضـو التنفيذ بدون قـرار سابق من المجلس ، فان عمله يغدو مجردا من كل قيمة «Sans effet»[٤] ، ويظل كذلك حتى لو اعتمدته جهة الوصاية[٥] .

ويكون موقف الأفراد من هذه العقود ، كموقفهم من العقود التى تبرم بدون التصريح السابق كما رأينا .

٤ ـ والمسلم به من ناحية أخرى ، أن على المجالس المختصة أن تصدر قـراراتها بنفسها ، فلا تستطيع أن تفـوض فى إختصاصها المتعلق

(١) «La déliberation décidant de la conclusion du contrat».

(٢) «Une déliberation speciale».

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٨ أبريل سنة ١٩١١ فى قضية «Cne. de Ouss-Suzon» مجمـوعة سيرى ، سنة ١٩١٣ ، القسـم الثـالث ، ص ٨ ، مع تقرير المفوض «Pichat».

(٤) حكم المجلس فى ٧ فبراير سـنة ١٨٩٠ فى قضـية «Grellier» المجموعة ص ١٣٨ وفى ١١ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية «Barcm» المجموعة ص ٣٤٦ .

(٥) حكم المجلس فى ١٢ يناير سـنة ١٨٧٤ فى قضـية «Bellegarde» دالوز سنة ١٨٧٤ ، القسم الأول ، ص ١٦١ .

بالتعـاقد الا اذا سمح لهـا المشرع بذلك صراحة[١] . وليس هـذا الا مجـرد تطبيق للقواعد العـامة المقـررة لمزاولة الاختصـاصات الادارية[٢] .

ولا يملك عضـو التنفيذ (رئيس المجلس) أن يوقع العقد المراد ابرامه الا بعد الحصول على الاذن أو موافقة جهة الوصـاية اذا كان العقد من العقود التى يشترط لابرامها اتمام هذا الاجراء كما رأينا فى الفرع السابق .

٥ ــ ومجرد صدور القرار من المجلس بالتعاقد ، وحتى تصديق جهة الوصاية عليه ، لا يؤدى الى قيام الرابطة التعاقدية ، فالمسـلم به أن تلك الرابطة لا تتم الا بعد أن يتولى عضـو التنفيذ توقيع العقد نيابة عن المجلس[٣] . ويترتب على ذلك نتيجة هامة ، وهى أن المجلس يسـتطيع أن يسـحب قراره الصادر بالتعاقد حتى اللحظة التى يوقع فيها الرئيس على العقد[٤] .

ومن ناحية ثانية ، فانه بصدور قرار المجلس بالتعاقد ، يصـبح عضـو التنفيذ ملزما باتخاذ الاجـراءات اللازمة لاتمـام الرابطـة التعاقدية . فاذا نكل عن اتخاذ هـذه الخطوة أو تقـاعس ، فما هو الجزاء ؟ تستطيع جهـة الرقابة الادارية أن تتدخل ، وأن تستعمـل سلطاتها لاجباره على تنفيذ قرار المجلس ، وتملك أن تحل محله فى اتخاذ هذه الخطوات اذا كان المشرع يخولها تلك السلطة .

ولكن الفرد الذى صدر قرار المجلس لصالحه لا يستطيع ــ وفقا لقضاء مجلس الدولة الفـرنسى ــ اجبار سلطة التنفيـذ على ابرام

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٣٦ فى قضية «Loof» المجموعة ص ٣٥٦ .

(٢) فى التفاصيل راجع مؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الادارية » المرجع السابق .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Vuitton» المجموعة ص ٨١ .

(٤) حكمه الصادر فى أول يونية سنة ١٨٨٣ فى قضية «Fabrique de l'Eglise St. Etienne de Marans» دالوز سنة ١٨٨٥ ، القسم الثالث ص ٥ .

العقد عن طريق القضاء ، ذلك أن المسلم به وفقا للتقليد الفرنسى الذى نأخذ به فى مصر ، أن القضاء الادارى لا يستطيع أن يصدر أمرا محددا لجهة الادارة بعمل شىء معين[1] • ولكن الفرد يستطيع هنا — كما فى الحالة السابقة — المطالبة بالتعويضات على أساس الخطأ أو الاثراء بلا سبب بحسب الأحوال[2] •

٦ — وقرار المجلس ليس ملزما لعضو التنفيذ بالتعاقد بصفة عامة فحسب ، بل ان عضو التنفيذ ملزم أيضا بأن يحترم كافة الشروط والأوضاع المحددة فى قرار المجلس • ومن ثم فانه لايستطيع أن يعدل فى الشروط التى يقررها المجلس بالحذف أو الزيادة • ولكن المجلس هنا ، يملك أن يفوض عضو التنفيذ فى الاتفاق على بعض المسائل التفصيلية قبل ابرام العقد[3] •

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٤ فى قضية «Pithois» منشور في : (Actual. jur. 1954. 11, 492) .

وقد جاء فى الحكم :

«Sur les conclusions tendant à l'exécution du marché, il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions aux autorités administratives».

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ أبريل سنة ١٩١١ فى قضية «Cne. de Dusse-Susen» مجموعة سيرى سنة ١٩١٣ ، القسم الثالث ، ص ٤٩ وفى ١٩ يناير سنة ١٩٣٩ فى قضية : «Sté. La céramique française» المجموعة ص ٥١ •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٥ يونية سنة ١٩٠٤ قضية «Delmas» المجموعة ص ٦٣٢ •

الفصل الرابع

الاستشارات السابقة

١ ـ كثيرا ما يفرض المشرع على جهة الإدارة المتعاقدة أن تستشير جهة معينة قبل ابرام العقد • والمشرع يضع نصب عينيه اعتبارات متعددة حين يفرض هذا الالتزام على جهة الادارة المتعاقدة ، لتحقيق اعتبارات فنية ، أو لتلاقى المخاطر القانونية ، أو لتمكين جهة الوصاية من ممارسة رقابة سابقة على التصرف ••• الخ •

٢ ـ وبالرجوع الى التشريعات المصرية فى هذا الصدد ، نجد أن المشرع قد فرض استشارات متعددة على الادارة ، منها ما يتناول جميع الجهات الحكومية بلا استثناء ، ومنها ما يقتصر على جهة ادارية بعينها :

ومن النوع الأول :

(أ) نص المادة ٥٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى شأن تنظيم مجلس الدولة والتى تقضى بأنه « ••• لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة الاف جنية بغير استفتاء الادارة المختصة » • وهذا النص لم تستحدثه قوانين مجلس الدولة فى صياغاتها المختلفة ، ولكنه كان موجودا فى القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٣ الصادر بنظام « لجنة قضايا الحكومة » ثم ورد بعد ذلك فى جميع القوانين الخاصة بمجلس الدولة المصرى[1] •

---

(١) بل ان هذا النص وجد حتى قبل صدور القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٣ ، وقد أدخله المشرع ، وجعل الاستشارة الزامية على أثر قضية مشهورة لجأت فيها احدى المصالح الى تحكيم لحق الحكومة منه ضرر كبير ، وذلك دون استشارة ادارة القضايا • راجع مقال الدكتور عبد الحميد بدوى عن تحول لجنة قضايا الحكومة الى مجلس الدولة ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الأولى ص ٣٥ وما بعدها •

(ب) وقد أعادت حكم المادة السابقة ، المادة ٣٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (المقابلة للمادة العاشرة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الملغى) والتي تقول : « لا يجوز ابرام عقد تزيد قيمته على خمسة الاف جنيه دون أخذ رأى الجهة المختصة بمجلس الدولة ، الا اذا أبرم العقد على أساس شروط أخذ فيها رأى الجهة المذكورة أو أبرم على أساس شروط سبق أن أبرم على أساسها عقد مماثل ، اذا كانت هذه الشروط فى الحالتين لم يحصل فيها أى تغيير » .

كما تنص المادة ٩ من اللائحة الجديدة على أنه « لا يجوز اضافة أو حذف أو تعديل أى شرط أو مادة فى الاشتراطات العامة أو الخاصة التى يتعين اقرارها من الجهات المختصة بمراجعة العقود بمجلس الدولة الا بعد الرجوع اليها وموافقتها » .

ومن النوع الثانى على سبيل المثال أيضا :

ما نصت عليه المادة ١٣ معدلة من قانون الادارة المحلية الجديد (رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل) من تخويل المجلس الشعبى المحلى للمحافظة ، بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية الأخرى فى نطاق المحافظة : أ ـ الاشراف والرقابة على أعمال ونشاط هذه المجالس ، ب ـ التصديق أو الاعتراض على القرارات التى تصدر من هذه المجالس فى الحدود التى تقررها اللائحة التنفيذية ... » .

وقد ورد تفصيل هذا الحكم فى المادة ٤٧ من اللائحة التنفيذية للقانون المشار اليه حيث فصلت الحكم العام السابق بقولها : « للمجلس الشعبى المحلى للمحافظة بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية الأخرى فى نطاق المحافظة ، وللمجلس المحلى للمركز بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية للمدن والقرى الواقعة فى دائرته ، وللمجلس الشعبى المحلى للمدينة بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية للاحياء ، التصديق أو الاعتراض على القرارات الصادرة من تلك المجالس فى المجالات الاتية :

- تحديد واقرار خطة المشاركة الشعبية بالجهود والامكانيات الذاتية في المشروعات المحلية .

- تحديد واقرار القواعد العامة لادارة واستخدام ممتلكات الوحدة والتصرف فيها .

- قواعد تنظيم تعامل أجهزة الوحدة المختصة مع الجماهير .

- قواعد تنظيم المرافق العامة اقتصاديا واجتماعيا وعمرانيا .

- اقتراح خطة تنمية القرية اقتصاديا واجتماعية وعمرانيا .

- اقتراح مشروع الخطة والموازنة .

ويجب على المجلس الشعبي المحلى المختص ابلاغ قراراته في المجالات المشار اليها الى المجلس الأعلى (للادارة المحلية) خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها ، ويتم التصديق أو الاعتراض على القرارات المشار اليها في مدى خمسة عشر يوما من تاريخ الاخطار ... ويجب أن يكون القرار ... مسببا ، وأن يخطر به رئيس المجلس المحلى الذى أصدر القرار المعترض عليه ، وفى هذه الحالة يوقف القرار » .

٣ - والقاعدة العامة في الاستشارات أنها على نوعين من حيث قوتها :

(أ) فهى اما أن تكون غير ملزمة . وهذا هو الأصل في كل حالة لا ينص فيها المشرع على غير ذلك[1] . ولكن عدم الالتزام بالاستشارة موضوعيا شيء ، وضرورة الحصول على الرأي شيء آخر . فاذا فرض المشرع على جهة الادارة المتعاقدة الاستشارة قبل التعاقد فانها تغدو

---

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ في قضية «Chambre de commerce de Tamatave» منشور في مجموعة دالوز سنة ١٩٣٧ ، القسم الثالث ص ٢٥ مع مذكرة «Blaevoet» وقد جاء فيه :

Aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait au gouverneur général l'obligation de se conformer audit avis.

ملزمة باستيفاء هذا الاجراء والا كان القرار الصادر منها باطلا[1] ٠

(ب) أما اذا جعل المشرع موضوع الاستشارة ملزما للادارة ، بحيث لا تستطيع أن تخالفه ، فان هذا الاجراء لا يمكن اعتباره من قبيل الاستشارة ، بل يأخذ حكم التصريح بالتعاقد الذى درسناه فيما سلف ٠ ولهذا أدرجنا النصوص الخاصة به فى ذلك الموضع ٠ ولقد علمنا أن مخالفة الادارة لهذا الالزام لا تؤدى الى بطلان التعاقد فحسب ، بل تؤدى الى انعدامه ٠

المبحث الثانى

عملية التعاقد فى ذاتها

وهذه هى أهم مرحلة فى عملية التعاقد ، فجميع الاجراءات التى درسناها فيما سبق سواء تعلقت بالمناقصة أو المزايدة أو الممارسة أو الاستشارات ٠٠ الخ انما هى اجراءات تمهيدية ، وتتم فى الغالب بطريق قرارات ادارية ٠ أما العلاقة التعاقدية بمعناها الحقيقى ، فلا تبدأ الا فى هذه المرحلة ٠ وندرسها وفقا للترتيب التالى :

١ ــ الاختصاص بالتعاقد ٠

٢ ــ آثار كل من ابرام العقد والتخلف عن ابرامه ٠

الفرع الأول

الاختصاص بالتعاقد

١ ــ لا يملك ابرام العقود باسم الادارة الا أشخاص محددين يعينهم المشرع ٠ والأصل ــ وفقا للقاعدة العامة ــ أن يمارس هؤلاء الأشخاص اختصاصاتهم بأنفسهم ، بحيث لا يجوز أن يحل غيرهم محلهم فى ممارسة هذا الاختصاص ، كما لا يجوز لهم

(١) ولقد درسنا فى موضوع الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بالعقود الادارية مدى أثر بطلان قرارات الادارة على سلامة العقد موضوعيا ، فيرجع اليها فى الباب الأخير من القسم الأول من هذا المؤلف ٠

تفويض غيرهم فى ممارسته الا فى الحدود وبالقيود التى يضعها المشرع • وكل هذا مجرد تطبيق للقواعد العامة •

والملاحظ أن عقود الهيئات اللامركزية المتمتعة بالشخصية المعنوية ، يبرمها رؤساؤها الذين يملكون التحدث باسمها • أما عقود الوزارات والمصالح التابعة للادارة المركزية فيحدد المشرع فى كل حالة على حدة من يملك توقيعها •

٢ ـ وبالرجوع الى لائحة المناقصات والمزايدات نجد أنها قد حددت السلطات الآتية لابرام عقود الادارة :

أولا : العقود التى تتم عن طريق المناقصات العامة :

١ ـ المناقصات التى تقل قيمتها عن خمسة آلاف جنيه ، يتم اعتماد القرارات المتعلقة بتوصيات لجنتها « من السلطة المصدرة لقرار التشكيل » (مادة ٣٢ من اللائحة الجديدة) •

٢ ـ بالنسبة للمناقصات التى تزيد عن القيمة السابقة ، ترفع لجنة البت توصياتها موقعة من جميع أعضائها ومن رئيسها للاعتماد من السلطات الآتية :

أ ـ رئيس المصلحة اذا كانت قيمة المناقصة لا تزيد على خمسين ألف جنيه •

ب ـ رئيس الادارة المركزية المختص ، اذا لم تزد القيمة على مائتى ألف جنيه •

جـ ـ الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك (مادة ٣١ من اللائحة الجديدة) •

ثانيا ـ العقود التى تتم عن طريق المناقصات المحدودة : وتخضع فيما يتعلق باعتمادها « لكافة القواعد والأحكام والاجراءات والشروط المنصوص عنها بهذه اللائحة بالنسبة للمناقصات العامة » • (مادة ٣٩ من اللائحة الجديدة) •

ثالثا - العقـود التى تتم عن طريق المناقصات المحلية : يـكون اعتماد توصياتها من السلطات الآتية :

١ - رئيس المصلحة المختص لغاية عشرين ألف جنيه .

٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لغاية أربعين ألف جنيه .

رابعا - العقـود التى تتم عن طريق الممارسـة : يكون اعتماد توصيات لجانها من :

١ - رئيس المصلحة المختص لغاية عشرين ألف جنيه .

٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لغاية خمسين ألف جنيه .

٣ - الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك . (مادة ٤٨ من اللائحة الجديدة) .

خامسا - الاتفاق المباشر : يـكون اعتماد نتيجة التعاقد بهـذا الطريق من :

١ - رئيس المصلحة المختص لغاية ألف جنيه بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل ، وألفى جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمـال وأربعة آلاف جنيه بالنسـبة لشراء أصـناف محتكرة من شركات فى الخارج ليس لها وكلاء فى مصر .

٢ - رئيس الادارة المركزية فيما يزيد على ذلك . (مادة ٥٠ من ذات اللائحة) .

سادسا - تعتمد قـرارات وتوصـيات لجنة البيع أو التأجير فى المزايدات العلنية العامة من ذات سلطات الاعتماد المنصوص عليها فى لائحة المناقصات والمزايدات بالنسبة للمناقصات العامة . (مادة ١١٠ من ذات اللائحة) .

سابعا - تعتمد نتيجة المزايدة المحلية من رئيس المصلحة لغـاية عشرين ألف جنيه ، ومن رئيس الادارة المركزية لغاية أربعين ألف جنيه . (مادة ١١٣ من ذات اللائحة)

ثامنا - التصرف بالبيع أو التأجير بطريق الممارسة « تسرى بشأنه ذات القواعد والاجراءات والسلطات التى تنظم الشراء بطريق الممارسة » (مادة ١١٦ من ذات اللائحة) ٠

٣ - وما ورد فى النصوص السابقة لا يستغرق الأحكام المقررة فى هذا الصدد ، بل يرجع الى النصوص المطبقة فى خارج الحالات التى أوردتها لائحة المناقصات والمزايدات السابقة ، لاسيما فيما يتعلق بالمجالس المحلية بمستوياتها المختلفة ٠

٤ - ويترتب على مخالفة قواعد الاختصاص فى مجال عقود الادارة عدم مشروعية العقد ٠ ولكن ما مدى جسامة عدم المشروعية فى هذه الحالة ؟!

يذهب الفقيه جيز - وهو أول من درس موضوع العقود الادارية باسهاب كما ذكرنا - الى أن توقيع العقد من السلطة الادارية غير المختصة بتوقيعه ، يجعله معدوما لا باطلا فحسب ، بل وطبق ذات الحكم على حالة التفويض بالتوقيع اذا جاوز المفوض اليه حدود التفويض[1] ٠

أما الفقيه دى لوبادير ، فيرى أن رأى جيز مغالى فيه ، وأن العقد لا يكون معدوما الا اذا لم يتم نهائيا من السلطة المختصة أو من غيرها ٠ ولكن العقد الذى يوقعه موظف غير مختص بتوقيعه ، هو عقد باطل لا معدوم ٠ ولكنه يسرع بتوكيد أن هذا البطلان هو بطلان مطلق ، لأن قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام[2] ٠

---

(١) جاء فى مؤلفه عن العقود الادارية ، المرجع السابق ، الجزء الأول ص ٤٥ قوله :

«Quelle est la sanction juridique de l'irrégularité resultant du fait qu'un contrat n'a pas été conclu définitivement par l'agent public competent ? Il y a non pas nullité, mais inexistence du contrat ... Il faut donner la même solution pour le cas où un contrat a été passé par un délégué du ministre audelà l'autorité qui lui a été a

(٢) مؤلفه السابق ، الجزء الأول ص ١٧٣ وقد جاء فيه :

«En réalité, l'incompétence constitue ici, comme dans les autres domaines de l'activité administrative une cause de nullité; il s'agit du reste d'une nullité absolue les règles des competence étant d'ordre public. Le contrat signé par un agent incompétent est donc nul de nullité absolue».

ولسنا ندرى الفـارق بين الانعدام والبطلان المطلق فى هـذا الصدد ، ما دام الفقه والقضاء يسلمان بأن البطلان فى هذه الحالة لا يمكن أن يصححه التقادم ، ولا الاقرار من جهة الادارة المختصة[١] •

الفرع الثـانى

آثار كل من ابرام العقد والتخلف عن ابرامه

لما كانت هـذه المرحلة هى أخطر مراحـل التعاقد ، فانه من الأهمية بمكان ان نحدد الآثار الرئيسية التى تترتب على كل من ابرام العقد والتخلف عن ابرامه •

١ -§ الآثار المترتبة على ابرام العقد

١ ــ لا أهمية من ناحية ابرام العقد ، للمراحل التمهيدية التى تسبق ابرامه بواسطة جهة الادارة المختصة بتوقيع العقد الادارى • ومعظم العقود الادارية يسبق ابرامها مقدمات ومراحل تمهيدية[٢] • والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن هـذه المقدمات ، والتى قد تصل الى حد القبول التمهيدى من بعض الموظفين الصغار • لا يمكن أن يترتب عليها التزامات تعاقدية[٣] •

وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الادارى المصرية فى شكل قاطع ومفصل حيث تقول فى حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ : « أن التعبير عن ارادة جهة الادارة غالبا ما يتم فى شكل عملية مركبة

---

(١) رسالة الفقيه بيكينيو ، المرجع السابق ص ٢١٠ وقد جاء فيها :

«Le vice, dont est ainsi infecté le contrat, ne peut être couvert ni par une courte prescription, ni par une confirmation expresse ou tacite».

(٢) Une phase préparatoire de pourparlers et négociations

(٣) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٧٥ فى قضية ، المجموعة ص ٩٩ • وقد جاء فيه :

«Le marché passé le 3 fev. 1915 n'à été à cette date accepté par le sous intendant que provisoirement et sous reserve de l'approbation ministérielle : cette approbation est intervenue le 1ère mars suivant; ainsi ledit marché n'est devenu définitif et ne pouvait produire scs effects qu'à partir de cette dernière date».

متشابكة ، وقد تكون على مراحل متعددة فى فترات متلاحقة على حسب الأحوال ، وعادة ما يسبق ذات التصرف الذى يتم بمقتضاه ابرام العقد الادارى طائفة من الاجراءات والتدابير التى تمهد وتهيىء لمولد ذلك التصرف الذى قد تعقبه طائفة أخرى من تدابير واجراءات التصديق والاعتماد اللازم لابرام العقد ، وتكون مكملة له مستهدفة اعمال أحكامه وتطبيق بنوده ، وطبيعى أن يكون ابرام العقد الادارى مسبوقا فى العمل بمرحلة تحضيرية تدوز خلالها المباحثات والمفاوضات • وهذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين الراغبين فى ابرام العقد لا يمكن أن يولد فى حد ذاته رابطة تعاقدية ، بل وحتى عبارات القبول المؤقت التى تصدر من بعض الموظفين الاداريين ممن ليست لهم ولاية الابرام ، ويكون قد نيط بهم اجراء تلك المفاوضات لا يمكن أن تنشأ عنها رابطة عقدية[١] •

٢ ـ ويترتب على القاعدة السابقة أن التزامات الادارة العقدية لا تترتب الا ابتداء من تاريخ القرار الصادر بابرام العقد ، كما ذكرنا أكثر من مرة •

أما الأفراد المتقدمون الى التعاقد ، فأنهم يتلزمون بمجرد تقدمهم الى التعاقد • غير أن موقفهم من هذا الايجاب يختلف باختلاف طريقة التعاقد : فاذا تم التعاقد عن طريق مناقصة أو مزايدة عامة ، فان المناقص يظل ملتزما بعطائه طول المدة المقررة للبت فى المناقصة بحيث لا يستطيع أن يرجع فى ذلك العطاء قبل أن تبدى الادارة رأيها[٢] ، وذلك على خلاف القواعد المدنية المقررة فى هذا الصدد •

أما بالنسبة الى طرق التعاقد الأخرى ، فان الفرد يستطيع أن

(١) القضية رقم ١٩٦٥ لسنة ٨ قضائية ، وقد سبقت الاشارة الى الحكم •

(٢) هذا فى فرنسا • أما فى مصر فانه ـ وفقا للائحة المناقصات والمزايدات ـ وكما أوضحناها من قبل ـ يستطيع المتقدم الرجوع قبل موعد فتح المظاريف بشرط أن يخسر مقدم التامين • وعلى هذا الحكم نصت المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية الجديدة حيث تقول : « اذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف ، فيصبح التامين المؤقت المودع حقا للجهة دون حاجة الى انذار أو الالتجاء الى القضاء أو اتخاذ أية اجراءات أو اقامة الدليل على حصول ضرر » •

يسحب عطاءه فى كل وقت قبل أن تقبله الادارة، كما هو الشأن فى عقد طلب تقديم المعاونة «l'offre de concours» فالمتقدم بطلب المعاونة مثلا يستطيع أن يسحب عرضه فى كل وقت قبل أن تقبله الادارة ، ويتم هذا السحب صراحة أو ضمنا[1] . ومن قبيـل السحب الضمنى أن يتصرف الموجب فى قطعة أرض كان قد تقدم بها للادارة مساهمة منه فى تنفيذ مشروع عام وذلك قبل أن تقبل الادارة عرضه[2] .

٣ ـ واذا كان الموجب يلتزم فى مواجهة الادارة بعرضه ، فان الرابطة العقدية لا تنشأ بينه وبين الادارة الا بعلمه بقبول الادارة هذا العرض ، وذلك قبل أن يسحب ايجابه اذا لم يكن الايجاب مقيدا بمدة ، وخلال المدة المحددة لنفاذ عطائه كما فى حالة المناقصـات العامة ، وعلى التفصيل الذى سبق أن ذكرناه . أو كما تقول محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٧ « ... وبطبيعة الحال يجب ابلاغ القبول الى صاحب العطاء خلال المدة التى يكون ايجابه فيها قائما حسبما تحددها شروط المناقصة . فاذا وصل الأخطار بقبول العطاء بعد هذه المدة ، فانه لا ينتج أثره القانونى اذ يتحلل الموجب من ايجابه بفوات الميعاد المنصوص عليه . الا أنه يجـوز له رغم ذلك قبول هـذا القبول المتـأخر وعندئذ ينعقـد العقـد[3] ... » . وتؤكد المحكمة الادارية العليا هـذا المبدأ فى قضائها باستمرار ، ومن ذلك ـ على سبيل المثال ـ حكمها الصادر فى ١٩٧٣/١١/٢٤ (مجموعة المبادىء ، ص ١٨٤٩) وفيه تؤكد : « ومن حيث ان الأصل أن القبول بوصفه تعبيرا عن الارادة لا يتحقق

---

(١) راجع فى التفاصيل مؤلف الفقيه «A. gervais» بعنوان : «Les offres de concours» طبعة سـنة ١٩٥٤ ص ٤٧ وما بعدها . وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٧ يونية سنة ١٨٨٤ فى قضية «des cars» المجموعة ص ٥٤٢ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢١ فبراير سنة ١٨٦٧ فى قضـية «Laureau» المجموعة ص ١٨٧ .

(٣) القضية رقم ٥٣٥ لسنة ١٠ قضائية وقد سبقت الاشارة اليها . وراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٦٩ بذات المعنى وقد سبقت الاشارة اليه ، س ١٤ ، ص ٤٣٧ .

وجوده القانونى الا اذا اتصل بعلم من وجه اليه ، وبالتالى لا يعتبر التعاقد تاما الا اذا علم الموجب بقبوله ... » .

ولقد رأينا فيما سلف أن اللائحة الجديدة للمناقصات والمزايدات قد أخذت بوجهة نظر مغايرة اذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٨ منها على أنه « عند انقضاء مدة سريان العطاء ، يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت ، وفى هـذه الحالة يصبح العطـاء ملغيا وغير نافـذ المفعول . فاذا لم يطلب ذلك اعتبر قابلا استمرار الارتباط بعطائه الى أن يصل لجهة الادارة اخطار منه بسحب التأمين المؤقت ، وعدوله عن عطائه . » .

٤ ــ واذا كان الأصـل أن مقدمات العقد التى تسـبق عملية التوقيع من السلطة المختصة لا أثر لها ، فان ذلك لا يعنى عدم احتواء القانون الادارى على فكرة « الوعد بالتعاقد » المعروفة فى القانون الخاص «Les promesses on avamt - comtrats» وذلك أن الادارة ــ كما هو الشأن بالنسبة الى الأفراد ــ قد تدعوها الحاجة الى ابرام اتفاقيات بالتعاقد اذاتوافرت ظروف معينة .وحينئذ ، يكون هذاالاتفاق عقدا مستقلا وملزما متى استوفى الشروط اللازمة لقيام العقد ولسلامته . ومن الأمثلة للوعد بالتعاقد من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، أن تعهد الادارة الى أحد المهندسين بالقيام بدراسات معينة ، مع الالتزام بأن تعهد اليه مستقبلا بتنفيذ المشروع الذى تعد الدراسـات من أجله . ومنها أيضـا أن تؤجر الادارة عقارا لأحد الأفراد ، مع التعهد ببيعه له مستقبلا[1] أو أن تقيم الادارة مسابقة بين الفنانين لاعداد مشروع معين مع التعهد باختيار صـاحب المشروع الفائز لتنفيذ مشروعه ... الخ .

ووفقا لقضـاء مجلس الدولة الفرنسى ، يتعين أن يتـوافر فى الوعد بالتعاقد الشروط الآتية حتى يغدو ملزما :

---

(١) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٤ فى قضية «Groy» منشور فى (R.P.D. A, 1955 no. 75) . .

(أ) يجب أن يكون ثمة التزام قاطع بالتعاقد «un engagement définitif» وليس مجرد مشاورات مبدئية «des simples pourparlers»[1] -

(ب) ألا يكون ابرام العقد النهائى قد علق على شروط لم تتحقق النحو الذى رأيناه فيما سلف ·

(جـ) يجب أن يكون الوعد بالتعاقد قد صدر من الجهة الادارية المختصة بابرام العقد النهائى · وهذا ما يميز الوعد بالتعاقد عن الاتفاقات المبدئية التى تتم بين الأفراد وبين الموظفين الذين يمهدون للتعاقد والتى لا يترتب عليها أى رابطة تعاقدية كما ذكرنا ·

ولم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد ، وان كانت المبادىء التى أقرها مجلس الدولة الفرنسى يمكن أن يستهدى بها فى مصر لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى هذا المجال ·

٥ ـ ومن تاريخ توقيع السلطة المختصة على العقد ، يبدأ نفاذه ، ويرجع الى تاريخ هذا التوقيع للحكم على مدى سلامة العقد ، ومنه تبدأ المدد المحددة للطرف الآخر لتنفيذ التزاماته التعاقدية ·

٢ ــ § آثار التخلف عن ابرام العقد

١ ــ رأينا أن الادارة تملك سلطة تقديرية فى ابرام عقودها · فحتى لحظة التوقيع على العقد ، تستطيع أن تمتنع عن التوقيع اذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك · ومن ثم فلقد رأينا أن اختيار لجنة البت لأحد المناقصين ، لا يلزم الادارة بالتعاقد · وعدم التوقيع من السلطة المختصة يجعل الرابطة العقدية معدومة مهما سبقها من مقدمات ، ما لم يكن قد تم بين الادارة والمتقدم للتعاقد وعد على عملا[2] ·

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ فى قضية «Borda» المجموعة ص ٢٤٨ ، وفى ٢ فبراير سنة ١٩٤٠ فى قضية «Consorts Ducos» المجموعة ص ٤٢ وفى ٨ مارس سنة ١٩٥٠ ، فى قضية «Merlin» المجموعة ص ١٤٨ ·

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٣ يوليو سنة ١٩٢٢ فى قضية «Henry» المجموعة ص ٦٠٩ ·

٢ـ وانعدام الرابطة التعاقدية لا يعنى حرمان الفرد من التعويض فى بعض الحالات • وقد ذكرنا فيما سبق أن المتعاقد يستطيع أن يرجع على الادارة بالتعويض عن الأضرار التى تلحقه من جراء نكول الادارة عن التعاقد على أحد أساسين :

(أ) اما على أساس الخطأ «cas de faute cmmise par l'administration» وذلك اذا ثبت أن امتناع الادارة عن التعاقد قد انطوى على خطأ • ومن الأمثلة على ذلك أمام القضاء الادارى الفرنسى أن يتعجل العمدة «maire» فيأمر أحد الأفرادبالبدأ فى تنفيذعقد قبلأن يصدرالمجلس البلدى قراره الخاص بالتعاقد[1] • واذا كان الخطأ فى هذه الحالة هو خطأ مرجعه الى اهمال ، فانه قد يصطبغ بصبغة العمد فى بعض الحالات ، كما لو عملت جهة ادارية لا مركزية على التحلل من الرابطة التعاقدية عن طريق الايعاز الى جهة الوصاية بعدم الموافقه على التعاقد ... الخ فى كل هذه الحالات ترتكب الادارة خطأ قد يؤدى الى المسئولية • وكثيرا ما يلجأ مجلس الدولة الفرنسى الى تخفيف خطأ الادارة عن طريق تلمس أخطاء فى جانب الأفراد ، كما لو كان الامتناع عن التعاقد يرجع الى موقف المضرور ، أو كان المضرور قد تعجل فى تنفيذ العقد بصرف النظر عن خطأ الادارة فى عدم ابرامه •

(ب) واما على أساس الاثراء بلا سبب «L'enrichissement sans cause» وذلك اذا بدأ المتعاقد فى تنفيذ عقده قبل أن توقعه الادارة ، فحينئذ يجرى مجلس الدولة الفرنسى على تعويض هذا المتعاقد بشرطين :

الأول : أن تكون الأعمال التى نفذها المتعاقد قد عادت بفائدة حقيقية على الادارة «profit réel» [2] •

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٤ فى قضية «Verdier» المجموعة ص ٤٦٥ وفى ٢٩ مايو سنة ١٩٤٢ فى قضية «Blancard» المجموعة ص ١٧٩ • وصيغة تلك الأحكام تجرى كما يلى :

«Le maire a commis une faute de nature à engager la responsabilté de la commune en invitant le sieur X ... à effectuer certains travaux sans y être autorisé par le conseil municipal».

(٢) حكمه الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩٣٩ فى قضية «Cne, de Chassieu» المجموعة ص ٣١١ وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ فى قضية «Cne. d'Anjarargues» المجموعة ص ٣١٦ •

الثانى : أن تكون الادارة قد قبلت تنفيذ تلك الأعمال ، على الأقل بطريقة ضـمنية • فاذا كانت الادارة قد عارضـت فى تنفيذ تلك الأعمال ، أو أنذرت المتعاقد بأنه يتصرف على مسـئوليته لعدم اتمام العقد ، فان مجلس الدولة يرفض التعويض[1] •

على أن الادارة كثيرا ما تواجه هذه الحالات فى اتفاقات مبدئية بينها وبين المتقدم للتعاقد ، وحينئذ تصـفى العـلاقة على أسـاس هـذه الاتفاقات المبدئية •

المبحث الثالث

الشكل الكتابى فى مجال العقود الادارية

١ ــ رأينا أن المشرع قد أخضـع بعض عقود الادارة لاجراءات شكلية معينة ، اذا تمت بطريق المناقصات العامة • ولكن المسلم به أن عقود الادارة تخضع لقاعـدة التحرر من الشكليات ، فما لم يشترط المشرع صراحة اجراء شـكليا معينا فى ابرام عقد معين ، فانه يكفى توافق ارادة الادارة وارادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية •

٢ ــ ولقد كان ثمة رأى قديم فى الفقه يعتمد على الشـكليات لتمييز العقود الادارية عما عداها من عقود الادارة[2] • ولكن محكمة التنازع قضت على هذه الفكرة فى أحكامها ، لاسـيما حكمها الصادر فى أول مايو سنة ١٩٢٦ فى قضية «Templier»[3] •

---

(١) حكمه الصـادر أول مارس سنة ١٩٢٨ فى قضـية «Bringer» المجموعة ص ٣٨٦ •

وفى حالة الموافقة الضمنية راجع حكم المجلس الصـادر فى ٢٤ يونية سـنة ١٩٣٦ فى قضية «Cne d'Hous» المجموعة ص ٥٧٧ •

(٢) من ذلك رأى الفقيه هوريو فى تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Teries» مجموعة سيرى سنة ١٩٠٣ القسم الأول ص ٢٥ والمفوض ليون بلون فى بعض تقارير ه •

(٣) مجموعة سيرى سنة ١٩٢٨ القسم الثالث ص ١٣٠ مع تعليق لهوريو • وقد جاء فى الحكم قولها :

«Cette circonstance de pure forme ne saurait donner auxdites commandes un caractère administratif».

وراجع حكم التنازع الصادر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ فى قضية «Cne. du Razès» سيرى سنة ١٩٣٤ القسم الثالث ص ٣٦ •

وهذا هو ما أكدته محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٢ يونيه سنة ١٩٥٧ والذى تقول فيه : « ٠٠٠ كما أن من العقود الادارية ما يجب — من حيث الشكل — أن يكون مكتوبا حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التى تميزه عن عقود القانون الخاص ٠ على أن مسألة شكل العقد الادارى كمعيار يميزه عن العقود المدنية ، كانت مثار خلاف وجدل انتهى الرأى فيه واستقر فى الفقه والقضاء الفرنسى على أن اشتراط أن يكون العقد مكتوبا هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصا بطبيعته ، وأنه اذا كانت العقود غير المكتوبه هى أصلا من عقود القانون الخاص ، الا أن العقد الادارى قد يكون هو الآخر غير مكتوب ، وفى هذه الحالة تكون الشروط الاستثنائية الغير مألوفة مضمنة فى قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة من الأصل ، ويخضع مباشرة لنصوصها العقد عند نشأته وبعد ابرامه ، وتسرى عليه هذه القواعد ، وهى التى تسبغ عليه أساسا — ومع توافر باقى الأركان — صفة العقد الادارى اعتبارا بأن الشروط الاستثنائية لا يجب حتما أن تكون شروطا رضائية يتفق عليها الطرفان المتعاقدان وقت ابرام العقد ، بل قد يفرضها عليهما القانون سلفا ويستلزم وجودها النظام الموضوع لادارة المرفق العام ، وكيفية المساهمة فيه أو الاشتراك فى ادارته وتسييره[١] » ٠

كما أنها تؤكد فى حكمها الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٩ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١٦٠) أن المدعى عليه « بتقدمه الى الحكومه للحصول منها على أذونات لتسلم الدقيق لصنع المكرونة ، يكون فى الواقع قد قبل جميع ما نصت عليه القرارات الوزارية والأوامر الخاصة بصناعة هذا الصنف ٠٠٠ ويكون بذلك قد نشأ بينه وبينها عقد ادارى غير مكتوب ، اذ لا يشترط فى العقد الادارى أن يكون مكتوبا ٠٠٠ » ٠

والى العقد الادارى غير المكتوب أشارت المحكمة الادارية العليا فى

---

(١) القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية ، وقد سبقت الاشارة اليها ٠

حكمها الصادر فى ١٨ مايو سـنة ١٩٦٨ (س ١٣ ص ٩٥٣) حيث تقول : « ومن حيث ان العقد غير المكتوب ، ولئن كان غير مألوف فى المجال الادارى بسبب جنوح الادارة عادة الى اثبات روابطها التعاقدية بالكتابه ، الا أنـه لازال يـؤدى دورا مكملا لبعض أنـواع العقود الادارية ، فقد تركن اليه مـع بعض المتعاقدين اذا اتفقت معهم على تكميل أغراض التعاقد من ناحية من النواحى التى أنصـب عليها . وهذا الأسـلوب التعاقدى يخلق مشـكلة التعرف على طبيعة هـذا العقد ... » (وهى المشكلة التى سبق أن عرضنا لها) .

٣ ـ على أنه اذا لم يكن الشـكل عاملا جوهريا فى تحديد طبيعة العقد الادارى ، فانه مـع ذلك ـ وكما أبرزه حكم محكمة القضـاء الادارى السـابق ـ يقوم بدور هام فى مجال العقود الادارية . ومن ثم فانه يحتاج الى شىء من الدراسة المفصلة . ولهذا فاننا ندرس هذا الموضوع على الترتيب التالى :

أولا : الحالات التى تشترط فيها الكتابة والحالات التى لا تشترط فيها الكتابة .

ثانيا : أنواع الوثائق المكتوبة فى العقود .

الفرع الأول

الحالات التى تشترط فيها الكتابة

١ ـ لما كان الأصل فى عقود الادارة هو اخضاعها لقاعدة الحرية «La liberté contractuelle» سلم به أن الكتابة لا تلتزم الا حيث يشترطها المشرع صراحة[١] • ولكن بالرغم من هذه القاعدة المسلم بها ، فان مجال الكتابة فى العقود الادارية متسـع جدا ، بحيث يمكن اعتبار القاعدة معكوسة من الناحية العملية ، وهو المعنى الذى أشارت اليه المحكمة الادارية العليا فى حكمها السابق •

٢ ـ وبالرجوع الى لائحة المناقصـات والمزايدات نجد أنها قد وضعت قاعدة عامة بالنسبة الى العقود التى يتم ابرامها عن طريق المناقصات العامة ، وذلك فى المادة ٣٥ منها حيث تقول : « يجب أن يحرر عقـد عن توريد الأصـناف أو تنفيذ الأعمـال أو النقـل أو الخدمات المعلن عنها بمناقصات عامة ، متى بلغ مجموع ما رسا توريـده أو تنفيذه الفى جنيه • أما فيما يقـل عن ذلك ، فيمكن الاكتفاء بأخذ اقرار مكتوب شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد مع تحصـيل التأمين النهائى ••• » هـذا ولقد رأينا أن المناقصـة المحدودة تخضع كاصـل عام للأحكام المقررة بالنسـبة للمناقصات العامة (مادة ٣٩ من اللائحة الجديدة) وكذلك الشـأن بالنسبة للمناقصة المحلية (مادة ٤٠ من اللائحة الجديدة) •

---

(١) راجع مؤلف دى لوبادير ، المرجع السـابق ، الجـزء الأول ص ٢٤٠ حيث يقول :

«L'administration n'est tenue d'employer la forme écrite que lorsque la loi impose cette forme».

وراجع رسالة الفقيه بيكنيو ، ص ١٨٧ وما بعدها •

ومع ذلك ذهب الدكتور توفيق شحاته فى مؤلفه « مبادىء القانون الادارى » الطبعـة الأولى سـنة ١٩٥٤ ـ ١٩٥٥ ص ٧٨٥ الى أن « الأصـل فى العقـود الادارية أن تكون محررة سواء أبرمت عن طريق الممارسـة أو المناقصـة • وهذه خاصية أخرى من خواص ابرام العقود الادارية » •

وهذا لايعبر عن حقيقة الحال وفقا للنظرية الفرنسية فى العقود الادارية كما رأينا •

٣ ـ أما فيما يتعلق بالتعاقد بطريق الممارسة ، فلقد رأينا فيما سلف أنها تخضع للشروط العامة فيما لم يرد فيه نص خاص بلائحة المناقصات والمزايدات (مادة ٤٩) ٠

٤ ـ وبخصوص التعاقد عن طـريق الاتفاق المباشر ، لم تشترط المادة ٥٠ من اللائحة الجديدة الشكل الكتابى ، وان كانت قد اشترطت أن يتم التعاقد عن هذا الطريق بمقتضى ترخيص من رئيس الادارة أو رئيس المصلحة المختص ، وأن « يبين فى المستندات الأسباب الملحة التى تقضى باتباع طريق الاتفاق المباشر ، وأن يدون المسـئول على مستندات الصرف اقرارا بأن الأصناف أو الأعمال مطابقة من حيث النوع والمواصفات ٠٠٠ » وهذه خطوات تقتضى الكتابة[1] ٠

٥ ـ ثم ان المادة ٥٣ من اللائحـة الجديدة قد تطلبت أن تقـدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم جهـة الادارة ، والمؤشر عليه برقم قسيمة تحصيل الثمن وتاريخها ، وعلى جـدول الفئات ٠ كمـا أن المادة ٥٤ من ذات اللائحـة قد أوضحت الشروط التى يجب مراعاتهـا فى اعـداد قائمة الأسعار (جـدول الفئات) وكلها تقتضى اجراءات كتابية ٠

٦ ـ وأخيرا فان المادة ١١١ من ذات اللائحة تنص على أنه فى حالة اجـراء البيع بطريق المظاريف المغلقة ، تطبق اجراءات المناقصـة العامة ، ومن بينها الاجراءات الكتابية بطبيعة الحال ٠

٧ ـ على أنـه يجب أن يلاحظ أن حـرية الادارة فى التحلل من الشكل الكتابى للعقود تحتاج الى بعض الايضاح من النواحى الآتية :

(أ) فى بعض الحالات التى لا يشترط فيها المشرع الشكل الكتابى صراحة ، قد تفرض هذه الشكلية طبيعة العقد ٠ وأوضح الأمثلة على

---

(١) واستطرد باقى المادة يقول « ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لادارة الحسابات ومعها جميع العطـاءات ، وصـورة من كشف التفريغ للمراجعة عليها ، وتسلم نسخة للمتعهد ، وتحفظ النسخة الثالثة بالادارة المختصة بالتنفيذ ويجب أن يبين على كل صورة قيمة التأمين النهائى ونوعه وتاريخ توريده » ٠

ذلك عقد الامتياز ، فهو من العقود التى لا تخضع ـ كقاعدة عامة ـ للمزايدات أو المناقصات العامة ، ومع ذلك فانه من العسير تصور عقد امتياز دون وثيقة كتابية تحدد حقوق وواجبات الملتزم ، وكيفية تصفية الامتياز .. الخ . ولهذا وجدنا أن مجلس الدولة الفرنسى قد استند الى عدم وجود عقد كتابى للقول بانعدام عقد الامتياز ، وأن ما تم بين الادارة والفرد لم يعد تبادل وجهات النظر(١) .

(ب) أن خضوع الادارة لقواعد الروتين ، سيؤدى فى معظم الحالات الى أن تتضمن خطوات التعاقد وثائق كتابية ، حتى ولو لم يفرغ العقد فى النهاية فى وثيقة مكتوبة . وقد يتم عن طريق تبادل مذكرات مكتوبة . ويستند القضاء أحيانا الى هذه الوثائق المتبادلة بين الادارة والأفراد للقول بقيام الرابطة التعاقدية حتى ولو كانت طبيعة العقد لا تستلزم الصورة الكتابية(٢) .

(جـ) تستطيع الادارة بطبيعة الحال أن تلجأ الى الطريق الكتابى مختارة ، ولا شك أنه الطريق الأسلم .

(د) وتتحلل الادارة من الشكل الكتابى فى بعض الحالات نتيجة لفكرة العقود الضمنية «Contrats tacites» كحالة امتداد عقد من عقود الادارة بعد نهايته(٣) .

٨ – ويرتب القضاء الفرنسى على الشكل الكتابى للعقود الادارية نتائج بالغة الخطورة ، يهمنا منها فى مصر ، أن العقد

---

(١) حكمه الصادر فى ١٦ يناير سنة ١٩٣١ فى قضية «Bonniel» مجموعة سيرى ، سنة ١٩٣١ ، القسم الثالث ص ٦٠ مع تعليق لمستر وقد جاء فى الحكم :

«La commune de St. S. ne saurait se prévaloir d'une convention verbale pour soutenir que le Sieur B. était tenu d'assurer l'éclairage des voies publiques de la commune».

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٥١ فى قضية «Ville de Marseille» المجموعة ص ٨٤٣ . وتتعلق هذه الحالة بأن المجلس اعترف بقيام عقد الالتزام بين البلدية والملتزم استنادا الى تبادل مذكرات بين الطرفين تفيد توافق الارادتين :

«Accord intervenu par correspondance entre une commune et son concessionnaire des eaux».

(٢) «La continuation d'un contrat après son expiration par un accord tacite».

حكم محلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٥ يونية سنة ١٩٥١ فى قضية «Sté, hydraulique Asie» المجموعة ص ٣٤٩ .

المكتوب يعتبر ثابت التاريخ ، ولا يمكن انكار ما يجيء به الا عن طريق الطعن بالتزوير[١] ٠

ويترتب على مخالفة الشكل الكتابى فى عقود الادارة بطلان تلك العقود ، وهو ما أعلنته محكمة القضـاء الادارى المصرية فى حكمها الذى أوردناه بهذا الخصوص فيما سلف ٠

الفرع الثانى
أنواع الوثائق المكتوبة فى عقود الادارة

١ ــ اذا تمت عقـود الادارة عن طريق الكتابة فغالبا ما يحتوى العقد على عدة وثائق ، «pièces du marché» تحتوى فى مجمـوعها على شروطه ، وتعتبر فيما يتعلق بتنفيذه كلا لا يتجزأ ٠ وأهم ما يعنينا فى هـذا المقـام من تـلك الوثـائق المكتـوبة ، دفـاتر الشروط «Les cahiers des charges» .

٢ ــ ودفاتر الشروط متنوعة على النحو التالى :

أولا ــ دفـاتر الشروط والمواصـفات العـامة (للـوزارة أو المصلحة) : «Les cahiers des clauses et conditions générales» (ويرمز اليها بالحروف «C.C.G.» وتحدد هـذه الدفاتر الشروط التى تنطبق على جميع العقود التى تبرمها وزارة أو مصلحة معينة ٠ ومثال ذلك دفـاتر الشروط العـامة والمواصـفات المتعلقـة بوزارة الحربيـة أو بمصـلحة المبـانى ٠٠٠ الخ ٠ وهـذه الدفاتر تعـدها الوزارة أو المصلحة مقدما ، دون حاجة لاستشارة الأفراد ، وتصـدر بقرار وزارى ، وتكمل عند اللزوم بمنشورات تكميلية «instractions complémentaires» .

وقد كشف العـمل فى فرنسا عن أن تعدد دفاتر الشروط التى تتناول عقودا بعينها ، واختلافها باختلاف الوزارات والمصالح ، قد

---

(١) «Ils ont date certaine et font foit jusqu'à inscription de faux».
وراجع مؤلف «P. Pactet» وموضوعه :
«Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative».
طبعة سنة ١٩٥٢ ص ١٥٧ ٠

يسبب أضرارا وارتباكات فى العمل . ومن ثم فان المشرع الفرنسى يتجه الآن الى توحيد دفاتر الشروط والمواصفات العامة التى تتناول عقدا بعينه بالنسبة الى جميع الوزارات والمصالح فى الدولة[١] .

وقد أثيرت مناقشة حول الطبيعة القانونية للشروط الواردة فى دفاتر الشروط والمواصفات العامة : ويتفق الرأى الراجح فى القانون الادارى على التمييز بين عقد الامتياز ، وبين العقود الادارية الأخرى : أما بالنسبة الى عقد الامتياز ، فان التكييف يتم على أساس التمييز بين الشروط اللائحية والشروط التعاقدية على نحو ما ذكرناه فيما سبق . وأما بالنسبة الى العقود الأخرى ، فان التكييف يتم على أساس التمييز التالى :

(أ) الشروط التى تتعلق بتنفيذ العقد :[٢] وهى مجرد نماذج لا تلزم المتعاقد الا بعد توقيعه على العقد . ولكن بمجرد توقيعه على عقد من العقود يشار فيه الى دفتر من دفاتر الشروط العامة ، فان الشروط الواردة بذلك الدفتر تعتبر جزءا لا يتجزا من العقد «partie intégrante du contrat»[٣]

أما بالنسبة الى الادارة فان تلك الشروط ملزمة بمعنى أنه يتعين عليها احترامها عند التعاقد باعتبارها ذات طبيعة لائحية «un caractère règlementaire» ولا تستطيع الادارة التعديل فى تلك الشروط عند التعاقد الا فى الحدود المسموح بها[٤] .

---

(١) نص مرسوم ٦ أبريل سنة ١٩٤٢ الخاص بعقود الدولة ، على أنه « للجنة الوطنية للعقود العامة ، أن تعد بالنسبة لعقود التوريد وعقود الأشغال العامة ، دفاتر الشروط والمواصفات العامة التى تحكم جميع تلك العقود والتى تكون ملزمة لجميع الوزارات والمصالح فى الدولة ، بواسطة قرار من وزير المالية بحيث لا يجوز الخروج على هذه الدفاتر النموذجية «Cahiers types» الا بعلم اللجنة الاستشارية للعقود .

وتنفيذا لهذه الفكرة ، صدر مرسوم فى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ ، بانشاء لجنة عليا للعقود العامة ، تكون مهمتها تحقيق التوحيد المشار اليه فى مرسوم ٦ أبريل سنة ١٩٤٢ .

(٢) «Les Clauses des C.C.G. concernant l'exécution du contrat».

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٢ يناير سنة ١٨٣٨ فى قضية «Commune d'Antony» المجموعة ص ٢٠ .

(٤) راجع : موجز بونار فى القانون الادارى ، ص ٦١٦ ، ومطول بارتلمى فى القانون الادارى ، ص ٧١٩ ، ودى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٣٥٤ ، ومؤلف =

ويترتب على التكييف السابق نتائج هامة منها :

١ ـ أن تلك الشروط ، ولو كانت الادارة ملـزمة باحترامها ، لا تلزم المتعاقد الا اذا أشير الى دفتر الشروط العامة الذى يتضمنها فى العقـد صراحـة ، بحيث لو أهمـلت الادارة فى ذلك ، فانها لا تستطيع أن تتمسك بتلك الشروط فى مواجهة المتعاقد بعد ذلك[١] . ولهذا فانه اذا أشير فى عقد من العقود الى بعض الشروط الواردة فى دفتر الشروط العامة ، فان هذه الشروط وحدها هى التى تطبق[٢] .

٢ ـ بل ويجرى التقليد فى فرنسا على أن الادارة عند ابرامها لعقد من العقود تملك أن تشير الى دفتر شروط عامة خاص بوزارة أو بمصلحة أخرى مما يوضح أن تلك الدفاتر هى مجرد نماذج . كما أن للوزارة عند ابرامها لعقد معين ، كعقد أشغال عامة مثلا ، أن تشير الى بعض الشروط الواردة فى دفتر شروط عامة خاصة بعقـد آخر كعقد التوريد[٣] .

٣ ـ اذا عدلت الادارة دفتر شروط عامة سـبق أن أشارت اليه فى عقد من العقود ، فان دفتر الشروط العامة القديم هو الذى يحكم العلاقة التعاقدية لتلك الشروط فى مواجهة المتعاقد .

(ب) الشروط التى تتعلق بابرام العقد[٤] : وهـذه الشروط هى التى توضح لرجال الادارة كيفية ابرام العقد ، وتعتبر بطبيعة

= الفقيه «Laroque» بعنوان «Les usagers des services industriels» ص ٢١ ، ومؤلف الفقيه «Montmerle» بعنوان «Commentaire Pratique des C.C.G. des Ponts et chaussées» طبعة سنة ١٩٥١ ، ص ١١٦ وما بعدها .

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣ أبريل سنة ١٩٤٠ فى قضية «Commune de Gignanc» المجموعة ص ١٢٧ ، وفى ٨ مارس سنة ١٩٤٦ فى قضية «Ville d'Asnières» المجموعة ص ٧٦ .

(٢) حكم المجلس الصـادر فى ٥ يونية سـنة ١٩٤٢ «Etable. Bancel» المجموعة ص ١٩١ .

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Min Guerre» المجموعة ص ١٧٩ .

(٤) «Les clauses des C.C.G. concernant la conclusion du contrat».

الحال ذات طبيعة لائحية «clauses règlementaires» باعتبارها قرارا صادرا من الوزير ٠

ولما كانت كيفية التعاقد مبينة فى العادة فى القرارات واللوائح المنظمة للمناقصات والمزايدات العامة ، فان معظم ما يرد فى دفاتر الشروط العامة بهذا الخصوص ، هو من قبيل الأوامر والاجراءات الداخلية[١] التى لا يترتب على مخالفتها بطلان التعاقد ، وان عرضت مخالفها للعقاب الادارى ٠

ثانيا : دفاتر الشروط الخاصة بنوع واحد من العقود :

«Les cahiers des prescriptions commune» ويرمز اليها بالحروف C. P. S.)

وهذه الدفاتر تتعلق بوزارة أو مصلحة معينة كالنوع السابق ، ولكنها تتخصص بنوع بعينه من العقود التى تبرمها تلك الوزارة أو المصلحة ، كعقود الأشغال أو التوريد مثلا ٠ وما قيل على النوع الأول من دفاتر الشروط يصدق على هذا النوع الثانى من الدفاتر ٠

ثالثا ــ دفاتر الشروط الخاصة Les cahiers des prescriptions spéciales (ويرمز اليها بالحروف C.P.S.) وهذه الدفاتر هى أشد الدفاتر تخصيصا ، فهى تحتوى على الشروط الخاصة بكل عقد يراد ابرامه ، فمهمة هذه الدفاتر أنها تكمل ما يكون من نقص فى النوعين السابقين من الدفاتر بالنسبة الى العقد محل الابرام ، كما أنها تستطيع تعديل الأحكام العامة الواردة بهما بما يكيف شروطهما وفقا لموضوع التعاقد المحدد ، فى الحدود المسموح بها بطبيعة الحال ٠

رابعا ــ ويصاحب دفاتر الشروط السابقة وثائق أخرى : تتعلق بالتفصيلات الجزئية لعملية التعاقد ، ومثال ذلك قوائم الأسعار أو جداول الفئات Le Bodereau des prix التى توضح كيفية

---

(١) «des clauses d'ordre intérieur» مؤلف جيز فى العقود الادارية المراجع السابق ، ص ١٦٤ ٠

تحديد الادارة للأسعار بالنسبة الى الأعمال المطلوب تنفيذها أو المواد المراد توريدها • ومنها أيضا المقايسات والمواصفات المتعلقة بمدى الأعمال المطلوبة «L'avant-métré» ويتم هذا عادة بصورة اجمالية ، والبيانات المفصلة المتعلقة بطبيعة المواد المستعملة ومصدرها ، وكيفية تسليم الأصناف أو الأعمال وتسديد الثمن ••• الخ •

٣ - القرارات التنظيمية العامة والعقود الادارية : لقد ذكرنا فيما سلف أن كثيرا من الأحكام المنظمة للعقود الادارية قد وردت فى لائحة المناقصات والمزايدات ، كما ترد فى قرارات أخرى مستقلة • ولا شك أن الادارة ملزمة بما يرد فى تلك القرارات من أحكام • ولكن هل تعتبر تلك الأحكام مكملة للعقود الادارية اذا لم يشير اليها فى العقد صراحة ؟! لقد ذهبت الجمعية العمومية لقسم الرأى فى فتواها الصادرة فى ٥ أبريل سنة ١٩٦٧ (س ٢١ ، ص ١٥٩) الىأنه « لا تعتبر لائحة المناقصات والمزايدات مكملة للعقد بحيث يمكن تطبيق الجزاءات المبينة بها ما لم يتضمن العقد أحكامها ، أو الاحالة عليها ، باعتبارها جزءا مكملا له ، الأمر غير المتوافر فى هذا العقد »

ولكن المحكمة الادارية العليا تذهب الى عكس هذا المذهب فى حكمها الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٣٦٩) : فلقد اعتنقت محكمة القضاء الادارى المذهب السابق ، اذ رفضت توقيع غرامات التأخير المنصوص عليها فى لائحة المناقصات والمزايدات ، بحجة أنها غير منصوص عليها فىالعقد • ولكن المحكمة الادارية العليا ألغت حكمها وقررت « أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن القوانين واللوائح التى يتم التعاقد فى ظلها تخاطب الكافة ، وعلمهم بمحتوياتها مفروض ، فان أقبلوا - حال قيامها - على التعاقد مع الادارة ، فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام وحينئذ تندمج فى شروط عقودهم ، وتصير جزءا لا يتجزء منها ، حيث لا فكاك من الالتزام بها ، ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام • » وطبقت المحكمة ذات المبدأ بالنسبة للوائح الأخرى التى تتعلق ببعض

العقود ، وذلك فى حكمها الصادر فى ٣ أبريل سنة ١٩٧١ (س ١٦ ، ص ٢١٣) حيث تقرر أن القواعد التى فرضـــها مجلس الوزراء فى ١٩٥٥/٧/١٨ للالتحاق ببعض المعـــاهد التى تلتزم الحكومة بتعيين خريجيها حتى لا يعـــاد الكشف الطبى عليهم عند التعيين ٠٠ تعتبر بمثابة لائحـــة عامة تنظيمية متعلقة بحسن ســير مرفق عام ، فانه لا مناص من اتباعهـــا دون حاجة للنص عليهـــا صراحة فى العقـــد الادارى » ٠ ومسلك المحـــكمة الادارية العليـــا أكثر انســـجاما مع القواعد العامة فى هذا المجال ومع مسلك القضاء الادارى الفرنسى الذى استعرضناه فيما سلف ٠

ولهذا نصت المادة ٤٠ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ صراحة على أنه « يجب النص فى شروط العطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهـــذا القـــانون جزءا مكملا لهـــذه الشروط يخضـــع لها العقد ٠ »وهـــذا النص الكاشف مفيـــد ، لأنه يقطع الجدل فى هـــذا الأمر ٠

الباب الثالث

سلامة وبطلان العقود الادارية

١ ـ سرنا فيما سبق مع خطوات ابرام عقود الادارة ، ولمسنا القيود التى يفرضها المشرع على الادارة فى ابرام عقودها ، سواء من حيث اختيار المتعاقد ، أو الشروط السابقة على عملية التعاقد ، أو شرط الكتابة · ورأينا جزاء الاخلال بتلك القيود · واحترام تلك القيود ليس هو كل شىء فى نطاق عقود الادارة بصفة عامة ، والعقود الادارية بصفة خاصة ، بل لسلامة العقود الادارية يجب أن يستكمل العقد أركانه الداخلية · (Conditions internes de validité)

٢ ـ واذا كانت العقود الادارية بمعناها الفنى الدقيق ، تتميز عن عقود القانون الخاص التى يبرمها الأفراد أو الادارة من عدة نواح جوهرية ـ رأينا بعضها فيما سبق ، ونرى باقيها فيما بعد ـ فان موضوع شروط السلامة الذاتية للعقود الادارية ، لا يكاد يختلف عن مثيله فى القانون الخاص · فالقاضى الادارى ، يلجأ الى ذات القواعد المطبقة فى القانون الخاص ، والتى تحكم هذا الموضوع ، ولا يخرج عنها الا بالقدر الذى تستلزمه طبيعة الحياة الادارية ، وأوضاع التنظيمات الادارية ·

فالفقيه بيكنيو يعلن بصراحة ، أن القضاء الادارى ، فى هذا الصدد ، يلجأ الى النظريات المدنية ، ولا يحورها تحويرا كبيرا :

«Lorsqu'il s'agit de contrats administratifs, le juge administratif utilise, sans les transformer de façon profonde, les théories civilistes».

وهذا بذاته هو المعنى الذى يؤكده الأستاذ دى لوبادير ، حيث يقول :

«On peut donc dire que les notions fondamentales exprimées en la matière dans le Code Civil constituent le fond principal valable pour les contrats

---

(١) بحثه المنشور فى مجموعة «Juris-Classeur Administratif» ، سنة ١٩٥٣ ، رقم ٥٠٥ ص ٣٧ ·

administratifs et l'on verra que la jurisprudence les applique quelquefois purement et simplement, parfois même en visant les dispositions du Code Civil». (١)

والى هذا المعنى أشارت محكمة القضاء الادارى المصرية — وان كانت اشارتها قد وردت فى صيغة عامة — فى حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « ومن حيث ان النظرية القانونية العامة فى العقود الادارية ، تبدأ على غرار مثيلتها فى العقود المدنية بالتقصى عن شروط تكوين العقد الادارى ومن بعدها تبحث عن شروط صحة انعقاد العقد »(٢) ، كما أن المحكمة الادارية العليا قد لجأت الى نصوص القانون المدنى فى كثير من أحكامها نورد بعضها — دون ترتيب خاص — كأمثلة فى هذا المجال ، ونرجىء التفاصيل الى موضعها من هذا المؤلف :

— ان الغلط فى الشىء المبيع أو فى محل التوريد الذى من شأنه أن يعيب الارادة ويؤثر فى صحة العقد ، ويجيز للمتعاقد الذى وقع فيه أن يطلب ابطال العقد بسببه ، يشترط فيه طبقا لحكم المادتين ١٢٠ و ١٢١ من القانون المدنى ··· « وأحكام الغلط التى أوردها القانون على هذا النحو لا تتعارض مع الأسس العامة للعقود الادارية ومن ثم يتعين الأخذ بها » (ادارية عليا فى ١٩٦٨/٣/٢ مجموعة المبادى المؤقتة · ص ١٢) ·

— ان من المقرر قانونا فى مجال العقود — ادارية كانت أو مدنية — ان الغلطات المادية فى الكتابة أو فى الحساب التى يقع فيها أحد المتعاقدين واجبة التصحيح · وأشار الحكم الى المادة ١٢٣ من القانون المدنى (ادارية عليا فى ١٩٧٣/١١/٢٤ ، المجموعة السابقة ص ١٣)

---

(١) مؤلفه السابق ، ص ٢٠٠ ·

(٢) سبقت الاشارة اليه · ولقد سبق أن أوردنا أحكاما أخرى فى هذا الخصوص للمحكمة الادارية العليا لاسيما حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٥٢٧) حيث تقرر « ان بعض القواعد والمبادىء العامة فى القانون المدنى مما لا تختلف فيه روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص ، وبالتالى ليس ثمة ما يمنع من نقلها الى نطاق القانون العام ، وادماجها فى القواعد الخاصة به » · وراجع أيضا حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٥٨ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١١٢) ·

ـ من الأمور المسلمة فى العقود كافة ـ سواء كانت عقودا ادارية أو مدينة ـ ان الخطأ العقدى هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد (ادارية عليا فى ١٩٦٩/٢/١٥ ، ذات المجموعة ٠ ص ٤٤) ٠

ـ التنفيذ العينى هو الأصل فى جميع العقود ، ادارية أو مدنية وأشارت المحكمة الى المادتين ١٩٩ و ٢٠٣ من القانون المدنى (حكمها فى ١٩٦٧/٥/٢٠ ، ذات المجموعة ، ص ٤٥) ٠

ـ ضمان المقاول لما يقيمه من أعمال ، والمنصوص عليه فى المادتين ٦٥١ و ٦٥٤ ينطبق على العقود الادارية ، ما دام لا يتعارض مع روابط القانون العام (حكمها فى ١٩٦٨/٤/٦ ذات المجموعة ، ص ٥١) ٠

ـ ان أحكام التضامن ، المنصوص عليه فى المادة ٢٧٩ مدنى تسرى على العقود الادارية (ادارية عليا فى ١٩٧٦/١١/١٨ ، ذات المجموعة ص ٥٢) وأن التضامن لا يفترض اعمالا لحكم المادة ذاتها (ادارية عليا فى ١٩٧٥/٥/٣ ، ذات المجموعة ، ص ٥٣) ٠

ـ ان قواعد التفسير المقررة فى القانون المدنى ، انما تقوم على حسن الفهم والادراك ، وأنها انما وضعت لتعين القاضى على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ٠ واذا كان هذا هو الشأن فى مجال القانون الخاص بقواعده المقننة ، « فان القانون الادارى ـ وهو غير مقنن ـ أولى بأن تسوده هذه الفكرة » (ادارية عليا فى ١٩٦٧/٥/٢٠ ، ذات المجموعة ، ص ٦٠) ٠

ـ وجوب تصحيح الأخطاء المادية التى تقع فى العقد ، والتى تعتبر من « غلطات القلم » وأشارت المحكمة الى المادة ١٢٣ من القانون المدنى (ادارية عليا فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٧٣ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١٩ ، ص ١٧) ٠

ـ ان العقد الادارى ـ شأنه فى ذلك شأن عقود القانون الخاص ـ يقوم أساسا على وجود ارادتين متطابقين ، بحيث اذا لم يوجد هذا

التطابق أو تخلفت شروط صحته كان العقد باطلا أو قابلا للابطال حسب الأحوال ، وأشارت المحكمة الى المادة ١٢٠ من القانون المدنى الخاصة بالغلط . (ادارية عليا فى ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١٩ ص ٤٥٠) .

– فى عقد الكفالة – وفقا للمادة ٧٧٣ من القانون المدنى – يجب أن يكون رضاء الكفيل بكفالة المدين واضحا ولا غموض فيه (المحكمة الادارية العليا فى ٢١ يونية سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ٢٠ ص ٤٥٣) .

– سعر الفائدة المقرر فى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى ، يسرى على العقود الادارية فى شروطه ومقداره (ادارية عليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٥ ، مجموعة أحكام المحكمة ، س ٢٠ ص ٢١٨) .

– عقد الصلح يرجع فيه الى المادة ٥٤٩ مدنى والمادة ٥٥٣ (حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢٤ يناير ١٩٧٦ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ٢١ ، ص ٣٢) .

– المادتان ٢٦٨ و ٢٧٠ من القانون المدنى ، الخاصتان بأحكام الالتزام المعلق على شرط واقف تطبقان فى مجال العقود الادارية (الادارية العليا فى ٢٦ فبراير ١٩٨٠ ، الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٢١ قضائية) .

٣ – ولقد لاحظ الفقهاء بحق أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى فيما يتعلق بالعيوب التى تشوب الرضا أو المحل أو السبب فى العقود الادارية شحيح ، ومرد ذلك الى سببين :

الأول : أن الاجراءات الشديدة والمعقدة التى تفرضها التشريعات على طريقة تعاقد الادارة ، تجعل مجال الأخطاء المتعلقة بأركان العقد نادرة من الناحية العملية .

الثانى : أن معظم الطعون الموجهة فى هذا الصدد تثار فى نطاق رقابة المشروعية ، بمعنى أنها توجه كدعوى بطلب الغاء القرارات

الادارية المنفصلة غير المشروعة للأسباب الســابقة ، وعلى التفصيل الذى أوردناه فى القسم الأول من هذا المؤلف ٠

٤ ـ ولما كان هذا المؤلف يستهدف بصفة أساسية ابراز الأسس العامة التى تقوم عليها العقود الادارية بمعناها الفنى ، فاننا نعرض الموضوع بغاية الاختصار ، محيلين فى التفاصيل الى القواعد المدنية المقررة في هذا الصدد ، ومع التنبيه الى الخلاف الموجود بين القواعد المدنية المقررة فى فرنسا والقواعد المقررة فى القانون المدنى المصرى الجديد ٠ وهــذه القواعد هى التى تطبق بطبيعة الحال ، على أساس أن فكرتنا المجردة عن العقد انما يرسمها قانوننا المدنى ٠ ومن ثم فاننا ندرس على النحو التالى :

أولا : العيوب التى تشوب أركان العقد الادارى ٠

ثانيا : جزاء بطلان العقد ٠

المبحث الأول
العيوب التى تشوب أركان العقد الادارى

يقوم العقد الادارى ـ كما هو الشأن فى القــانون الخاص ـ على أركان ثلاثة ، هى الرضــا «consentement» والمحل «L'erreur» ، والسبب «La cause» وفيما يلى نعرض لكل ركن من هذه الأركان باختصار:

الفرع الأول
الرضا

لا يمكن أن يكون ثمة عقد الا اذا تلاقى ايجاب وقبول من الادارة والمتعاقد معها ، فذلك جــوهر الرابطة التعاقدية ، وما يميزها عن تصرف الادارة عن طريق القرارات الادارية التى تصدر عن ارادة الادارة وحدها ٠ ولا يكفى أن يوجد رضــاء الادارة ، بل يتعين أن يكون هذا الرضاء سليما ٠ ولسلامة الرضــاء الصادر من الادارة ، يتعين أن يتوافر فيه الشروط الآتية :

أولا : أن يصدر رضاء الادارة ، من جهة الادارة المختصنة ، وفقا للأوضاع المقررة ، من حيث الشكل والاختصاص على النحو الذى عرضناه فيما سلف • وقد رأينا جزاء مخالفة تلك القواعد •

ثانيا : أن يكون رجل الادارة المتعاقد باسم الادارة أهلا للتعاقد ، وهذا أمر مفروض ، ولا يهتم القانون الادارى كثيرا بدراسته نظرا لافتراض الأهلية فى رجال الادارة • فاذا كان التعاقد مع شخص من أشخاص القانون العام ، فيجب أن يصدر قرار المجلس الممثل لهذا الشخص وفقا للاجراءات المقررة من حيث مكان الانعقاد وزمانه ، ونصاب الانعقاد ، والأغلبية المشروطه فى اصداره •• الخ[1] •

ثالثا : أن يخلو رضاء الادارة من عيوب الرضا وهى :

١ - الغلط : «L'erreur» ويطبق مجلس الدولة الفرنسى بخصوصه القواعد المدنية المقررة فى هذا الصدد ، فيبطل العقد اذا أخطأت الادارة فى شخص المتعاقد «Erreur sur la personne» ويلاحظ أن الصفة الشخصية لعقود الادارة «intuitus personae» تؤدى الى كثرة البطلان من هذه الناحية • ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية «Domergue» [2] حيث تعاقد أحد ممثلى الشركات مع الادارة بصفته الشخصية ، فى حين أن الادارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلا للشركة •

وما قيل عن الخطأ فى الشخص ، يصدق على الخطأ فى محل التعاقد ، أو طبيعة العقد •• الخ مما تفصله كتب الفقه المدنى[3] • ولقد أشارت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٦٢٥) الى القواعد المدنية فى الغلط فى قضية تتلخص ظروفها فى أن ادارة المشتريات بمصلحة المخازن بوزارة الصحة قد طلبت توريد عدد كبير من المباصق الزجاجية ،

---

(١) فى التفاصيل يراجع مؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الادارية » المرجع السابق ، تحت عنوان الشكل فى حالة القرارات الصادرة من المجلس •

(٢) المجموعة ، ص ٨١٣ •

(٣) راجع الوسيط للسنهورى ، ص ٢٨٩ وما بعدها •

فتقدم أحد المواطنين بعطاء على أساس عينة قدمها هو ، فقررت لجنة البت قبول العطاء على أساس التوريد وفقا لعينة قسم الصدر التى لم يستدل عليها • ولما رفضت الادارة تسلم البضـاعة الموردة على أساس عدم المطابقة ، رفع النزاع الى القضـاء الادارى ، وضمنت المحكمة الادارية العليا حكمها الصادر فى هذا الشأن مبدأ يقضى بأن « أحكام الغلط التى أوردها القانون المدنى (فى المـادتين ١٢٠ و ١٢١) لا تتعارض مع الأسس العامة للعقود الادارية ، ومن ثم يتعين الأخذ بها[١] • كما أنها فى حكمها الصادر فى ١٥/٢/١٩٦٩ (مجموعة المبادىء المؤقتة ، ص ٤٤) تؤكد أنه من الأمور المسلمة فى العقود كافة ، سواء كانت عقـودا ادارية أو مدنية ، أن الخطأ العقدى هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقـد أيا كان السبب فى ذلك ، يسـتوى فى ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمده أو اهماله ، أو عن فعله دون عمد أو اهمال •

٢ ــ التدليس : «Le dol» وكثيرا ما يشير مجلس الدولة الفرنسى فى هـذا الصدد الى المـواد ١١١٦ و ١١٥٣ و ١١٥٤ من المجموعة المدنية المتعلقة بهـذا الموضوع • ومن ذلك على سبيل المثال ، حكمه الصادر فى ١٤ ديسمبر سـنة ١٩٢٣ فى قضـية «Grands moulins de Corbeil»[٢] وهو من أحكام المجلس المطـولة على خـلاف عادته فى الاختصار[٣] : وهنـا أيضا نحيل الى الفقه المدنى المصرى فى هـذ الصدد[٤] •

---

(١) وفى خصـوص النزاع ، لم تر المحكمة أن ما حدث فى القضية من قبيل الغلط لأن تحديد جهة الادارة للصنف المطلوب على هـذا النحو « لا يعد من قبيل الغلط لتلاقى الارادتين على العينة التى كانت محل اعتبار عند التعاقد » •

(٢) المجموعة ، ص ٨٥٢ •

(٣) جاء فى هذا الحكم قول مجلس الدولة الفرنسى :

«Si le contrat légalement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait ... il n'en est pas de même lorsque les manocuvres de l'une des parties ont constitué un dol : ces manoeuvres entrainent la résolution du contrat s'il est prouvé que sans elles l'autre partie n'aurait pas contracté; elles ne donnent lieu au contractant qu'à des dommages-intérêts au profit du contractant qui en a subi les offets lorsque, sans être la cause déterminant de sa volonté, elles ont eu pour resultat de l'ammener à accepter des conditons plus onéreuses que celles auxquelles il aurait dû normalement souscrire et de lui causer ainsi un préjudice dont il est fondé à demander réparation».

(٤) الوسيط للسنهورى ، ص ٣١٨ وما بعدها •

٣ ــ الاكراه : «La violance» ولما كانت الادارة طرفا فى العقود الادارية ، فانه من النادر أن يقع اكراه فى التعاقد ٠ ومن ثم فان معظم الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد أحكام سلبية تكتفى باعلان مبدأ بطلان العقد اذا شاب الرضا اكراه ، ولكنها تنتهى موضوعيا الى عدم قيام الاكراه ٠ ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٤٥ فى قضية «Sté Voisin» [١] والذى جاء فيه ــ بخصوص احتجاج الشركة المتعاقدة بأنها أكرهت على قبول العقد نتيجة لموقف عمالها منها ــ قول المجلس :

«Il resulte de l'instrction, que la ménance dont se prévaut la société ne présentait pas un caractère de violence de nature à vicier le consentement de ses dirigeants».

أما حيث يثبت الاكراه ، فان مجلس الدولة يعمل المبادىء المدنية المسلم بها[٢] ٠

ولم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد فى موضوع العقود ، ولكن مجلس الدولة المصرى طبق الأفكار الأساسية فى الاكراه فى نطاق القرارات الادارية ، فلقد جرت محكمة القضاء الادارى المصرية باستمرار ، على أن الاكراه الذى يشوب ارادة الموظف عند تقديم الاستقالة ، يؤدى الى بطلان القرار الصادر بقبولها ٠ وأقرت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء فى حكمها الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٥ (الطعن رقم ١٥٨ لسنة ١ قضائية) حيث تقول : « من حيث ان الاستقالة باعتبارها مظهرا من مظاهر ارادة الموظف فى اعتزال الخدمة يجب أن تصدر برضاء صحيح ، فيفسده

---

(١) المجموعة ، ص ١٩ ٠

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٥ فبراير سنة ١٨٩٥ فى قضية «Sté, ds, Mines de Lens» المجموعة ١٥٤ ، ويتعلق باتخاذ اجراءات ادارية معينة ضد شركة بقصد اجبارها على التعاقد ٠

ما يفسد الرضا من عيوب ، ومنها الاكراه ان توافرت عناصره : بأن يقدم الموظف الطلب تحت سلطان رهبة بعثتها الادارة فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس بأن كانت ظروف الحال تصور له أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ويراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنة وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى ارادته ، فالاكراه يشتمل على عنصرين : عنصر موضوعى هو الوسائل التى تولد الايحاء بخطر جسيم ·· وعنصر نفسانى هو الرهبة التى تبعثها تلك الوسائل فى النفس ·· ومن حيث ان الاكراه باعتباره مؤثرا فى صحة القرار الادارى يخضع لتقدير المحاكم الادارية فى حدود رقابتها لمشروعية القرارات الادارية ، كما يخضع لرقابة المحكمة الادارية العليا فى تعقيبها على أحكام تلك المحاكم » وما قالته المحكمة فى خصوص القرارات الادارية ، التى هى تعبير عن ارادة الادارة المنفردة ، يصدق من باب أولى على العقود الادارية التى هى تلاقى ارادتين ·

وواضح من ناحية أخرى ، أن ما ذكرته المحكمة الادارية العليا ان هو الا تطبيق للمبادىء المدنية فى هذا الصدد ، ومن ثم فاننا نحيل أيضا فى التفاصيل الى المراجع المدنية[1] ·

٤ ــ الغبن «La lésion» ورث القانون المدنى الفرنسى نظرة الثورة الفرنسية الى الغبن ، تلك النظرة الفردية ، التى تضيق من نطاق حق الالتجاء الى الغبن الى أقصى حد ممكن · وبهذه الروح صدرت المادة ١١١٨ من القانون المدنى الفرنسى ، والتى لا تجعل الغبن مؤثرا فى صحة العقود الا فى أحوال استثنائية · وقد تابع مجلس الدولة الفرنسى النظرة السابقة ، فضيق من حالات الغبن فى

---

(١) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣٣٤ وما بعدها ·

مجال عقود الادارة ، ولم يسمح به الا اذا أجاز نص تشريعى الالتجاء اليه[1] .

وهذا كله بطبيعة الحال فيما يتعلق بالغبن الذى يتم وقت ابرام العقد . أما الغبن الذى يصيب المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الادارى ، فان له حكمه الذى نعرض له فيما بعد ، والذى التزم فية مجلس الدولة الفرنسى مسلكا أصيلا لا علاقة له بالأفكار المدنية المقررة فى هذا الصدد .

ونحن نعلم من ناحية أخرى أن القانون المدنى المصرى الجديد ، قد سلك فيما يتعلق بالغبن مسلكا جديدا ومغاير المسلك القانون المدنى الفرنسى فى هذا الخصوص ، فقد نصت المادة ١٢٩ منه على ما يلى : « ١ — اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزمات هذا المتعاقد .

٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

٣ — ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن » .

وواضح من هذا النص أن المشرع المصرى يأخذ فى تحديد الغبن بالنظرية النفسية فى الاستغلال ، لا بالنظرية المادية . ولما كان مجلس الدولة الفرنسى قد التزم الخطة السابقة ، لأنها تنسجم مع مسلكه العام

---

(١) أحكام المجلس مطردة فى هذا المعنى ومنها حكمه الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٤٨ فى قضية «Sté. coopérative de production» المجموعة ص ٦٤١ وفى ٣ يونيو سنة ١٩٥٣ فى قضية «Brougalay» مجموعة «Actual. jur. 1954, II, p. 379»

القاضى بتطبيق المبادىء المقررة فى القانون المدنى فى هذا المجال ، باعتبارها تقنينا لقواعد عامة فى العدالة تصدق على المجال المدنى كما تصدق على العلاقات الادارية ، فانه لا محل — فى نظرنا — لأن يتقيد مجلس الدولة المصرى بالنهج الذى يسير عليه مجلس الدولة الفرنسى ، ما دام قانوننا المدنى يختلف فى هذه الجزئية عن القانون المدنى الفرنسى • ومن ثم فاننا نرى أن يؤخذ بقواعد الغبن التى تقررها المادة السابقة فى مجال العقود الادارية ، وان كنا نلاحظ أن هذه النظرة النفسية فى الغبن والتى أخذ بها القانون المدنى المصرى الجديد ، سوف تضيق عملا من نطاق تطبيق الغبن فى مجال عقود الادارة ، لضعف احتمال استغلال الادارة لطيش أو هوى من يتعاقدون معها • ونكتفى بالاحالة الى المراجع المدنية[1] •

الفرع الثانى
المحل

وهنا أيضا يطبق القضاء الادارى المبادىء المدنية فيما عدا ما تستلزمه طبيعة العقود الادارية • وقياسا على ذلك ، فان هذا الموضوع تحكمه فى مصر المواد من ١٣١ الى ١٣٥ من المجموعة المدنية • ومن ثم فاننا نحيل فى هذا الخصوص الى المراجع المدنية[2] •

هذا ولقد صاغت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ فى حكمها الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (س ١٢ ، ص ٥٠٣) حيث تقول : « ومن حيث انه يشترط فى محل العقد — أيا كان العقد — أن يكون قابلا للتعامل فيه • ويكون الشىء غير قابل للتعامل فيه — فلا يصح محلا للالتزام — اذا كان التعامل فيه محظورا أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام • وينبنى على ذلك أن العقد يقع باطلا ، فلا ينعقد قانونا ، ولا ينتج أثرا ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه • وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولاتصح

---

(١) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٠ وما بعدها •
(٢) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣٧٥ وما بعدها •

اجازة العقد . واذا تقرر هذا البطلان فيعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد » . وكان الموضوع ينصب على اتفاق بين الادارة وأحد الموردين لتوريد شوك وسكاكين وملاعق طبقا لعينة تحتوى على نسب عالية جدا من المواد الضارة التى تعرض من يستعملها للخطر ، فقالت : « ومن حيث ان الثابت من التحليل أن من شأن استعمال الأدوات محل العقد تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم ، وهو أمر فى ذاته مخالف للنظام العام ، فان للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها ، وفضلا عن ذلك فان دخول النحاس فى تركيب هذه الأدوات بالنسبة التى كشف عنها التحليل ، مخالف للنظام العام من جهة أخرى لمخالفته لأحكام أحد القوانين الجنائية ، والقوانين الجنائية تعتبر من النظام العام » .

ويكفينا فى هذا الصدد أن نلاحظ بخصوص المحل ، أن ثمة أمورا يحرم المشرع التعاقد بشأنها صراحة ، كما أن بعض المسائل لا يجوز أن تكون محل تعاقد بين الادارة والأفراد ، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة المراكز الادارية .

أولا ــ المحل غير مشروع لأن المشرع يحرم التعاقد بخصوصه :

اذا ما منع المشرع صراحة التعاقد بخصوص أمر معين ، سواء أكان شيئا يراد شراؤه أو عملا يراد تنفيذه ، فان الادارة ملزمة باحترام ارادة المشرع ، وكل مخالفة لهذا الحظر تؤدى الى بطلان التعاقد . ولا صعوبة فى هذا الأمر . وكل ما يعنينا فى هذا المقام هو ضرب بعض الأمثلة التى وردت فى هذا الخصوص سواء فى القانون أو فى لائحة المناقصات والمزايدات :

١ ــ المادة ٣٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتى تنص على أن « يحظر على العاملين بوحدات الجهاز الادارى للدولة ، ووحدات الحكم المحلى (الادارة المحلية) والهيئات العامة التقدم بعطاءات أو عروض لتلك الجهات ، كما لايجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بتنفيذ أعمال . ولا يسرى ذلك على شراء الكتب من تأليفهم ، أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء

هذه الأعمال الفنية منهم اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية ، وعلى أن يتم الشراء والتكليف فى الحدود ، ووفقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية • كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول فى المزايدات والممارسات بأنواعها ، الا اذا كانت الأشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص ، وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات غير التى يعملون بها ، ولا تخضع لاشراف الجهة التى يعملون بها » •

٢ ـ المادة ٥ من اللائحة التنفيذية ونصها : « يحظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية ، كما يحظر فى الشهر الأخير من السنة المالية شراء أصناف أو اجراء مقاولات الا فى الحالات الاستثنائية التى تقتضيها ضرورة العمل ، على أن تبين مبررات ذلك فى مذكرة تعرض على السلطة المختصة بالاعتماد » •

٣ ـ المادة ٨ من اللائحة ، والتى أعادت ترديد حكم المادة ٣٨ من القانون ، وتضمنت الأحكام التفصيلية للاستثناءات المقررة فى المادة •

٤ ـ المادة ١٠٤ من اللائحة والتى تحرم بيع الأصناف الجديدة الا للوزارات والمصالح ووحدات « الحكم المحلى » والهيئات العامة ، وتضع ضوابط الاستثناء من هذا الأصل •

ويجب أن يلاحظ من ناحية أخرى ، أن الموظف الذى يتعاقد بخصوص أمر لا يجعله المشرع من اختصاصه لا يرتكب عملا مشوبا بعيب الاختصاص فحسب ، وانما يتعدى خطؤه أيضا الى محل العقد فيغدو غير مشروع[1] •

ثانيا ـ المحل غير مشروع لتنافى التعاقد بخصوصه مع طبيعة الروابط الادارية : فالقانون الادارى يعرف مثلا المراكز النظامية العامة «Les situations légales ou objectives» وهذه المراكز تحددها القوانين مباشرة بصرف النظر عن شاغلها ، ويتواجد الأفراد فيها بطريق

---

(١) بحث الفقيه بيكينو ، رقم ٥٠٥ ، ص ٤١ (برقم ٣٦٥) •

الأعمال الشرطية «Les actes condition» والمسلم به فى القانون الادارى أن دور الأعمال الشرطية يقتصر على اسناد هــذه المراكز النظامية للمستفيدين منهــا ، فيتمتعون بما تنيله من حقوق ، ويلتزمون بما تفرضه من التزامات ، وكل ذلك حسب ما تحدده القوانين واللوائح أو بصفة عامة القواعد المشرعة «Les actes règles»[١] • وقد رتب القضاء الادارى على الفكرة السابقة أنه لا يجــوز للادارة أن تجعل هذه المراكز النظامية العامة محلا للتعاقد ، لأنها لا تستطيع باتفاق مباشر بينها وبين الأفراد تعديل تلك المراكز النظامية العامة •

وتطبيقا لهذه القاعدة ، يجرى القضاء الادارى فى فرنســا على الحكم ببطلان كل اتفاق تبرمه الادارة مع موظفيها لا نقاص المزايا التى تضمنها لهم المركز النظامية العامة[٢] •

وهذا هو المســلك الذى التزمته محكمــة القضــاء الادارى فى مصر • ومن ذلك حكمهــا فى ٢٢ فبراير ســنة ١٩٥٤ والذى تقول فيه : « ••• اذا كان التنــازل قد انصــب على حق مقرر للموظف قــانونا وواجب الحكومة العمل على وصــوله لصاحبه ، لا المســومة عليه ، فانه باطل ••• ذلك لأنه لا يجــوز أن يتفق على تعديل حــق للموظف أو تخفيضــه ••• لأن علاقة المؤلف بالحــكومة هى علاقــة تنظيمية لائحية »[٣] •

ووفقــا للقــواعد الســابقة ، يقضى مجلس الــدولة الفرنسى ببطلان كل اتفاق خاص يتم بين ملتزم المرفق العــام ، وبين أحــد

---

(١) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الادارية » المرجع السابق فى أى من طبعاته المتعددة •

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٩ فى قضية «Portebois» منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٢٩ ، ، القســم الثالث ، ص ٥٧ مــع تعليق «Bienvenue» وقد جاء فيه :

«La situation des fonctionnaires telle qu'elle est définie par les lois et règlements, ne saurait être modifiée par des actes contractuelles».

وراجع أيضا حكمه الصادر فى ٢٨ يوليو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Giret» •••

(٣) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة الثامنة ، ص ٨٢٧ • ومن أحكامها القديمة ، حكمها الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٥٠ ، السنة الرابعة ص ٣٦٧ •

المستفيدين ، على خلاف القواعد التى يتضمنها عقد الامتياز ، وهى لائحية فيما يتعلق بكيفية أداء الخدمة كما ذكرنا[١] .

واذا كانت فكرة المراكز النظامية أو اللائحية قد حدت من حرية التعاقد على النحو السابق ، فان الادارة تخضع لقيود أخرى مردها الى اختصاصاتها الادارية . فالمسلم به أن الادارة ملزمة بممارسة اختصاصاتها على النحو الذى تقرره التشريعات . وبالتالى فان كل اتفاق بين الادارة والأفراد يستهدف تعديل هذه الاختصاصات أو تقييد حرية الادارة فى استعمالها ، يكون باطلا . وتطبيقا لهذا المبدأ ، حكم مجلس الدولة الفرنسى ، ببطلان الاتفاق الذى تم بين الادارة والمتعاقد معها ، والذى تضمن تقييد حرية الادارة فى تنظيم المرافق العامة[٢] ،وذلك الذى يمنعها من مزاولة اختصاص معين[٣] .

وغنى عن البيان ، أنه اذا تعاقدت الادارة مع أحد الأفراد ، وكان محل العقد مستحيلا ، فان الأحكام المقررة فى القانون المدنى تطبق هنا أيضا . وهذا ما أوضحته محكمة القضاء الادارى فى حكم مفصل لها ، صادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٩ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١٦١) حيث تقول : « ... انه وان جاز أن يتضمن العقد الادارى شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص ، الا أن جميع العقود ، ادارية كانت أم مدنية ، يجب أن تتوافر فيها الشروط العامة المتعلقة بأركان العقد ومحله ، فلا بد أن يكون للعقد الادارى محل ، وأن يكون المحل مشروعا وغير مستحيل فى ذاته ... ومن ثم فمتى كانت الحكومة قد تعاقدت مع المدعى على تنفيذ عملية توسيع وتعديل الطريق رقم ٣١٢ ، فان مقتضى هذا التعاقد الادارى ،

---

(١) حكمه الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Cie générale des eaux» منشور فى مجموعة «D. C. 1944, j. 121, conclusion odent» .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ فى قضية «P.L.M.» المجموعة ص ٩١٨ ، وحكمه فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٢ فى قضية «Ville de Castelnaudary» مجموعة دالوز سنة ١٩٣٢ ، القسم الثالث ص ٢٧ مع تقرير جوس .

(٣) حكمه الصادر فى ٢٠ يونية سنة ١٩٣٠ فى قضية «Ass, des Bibliothécaires français» دالوز ، سنة ١٩٣٢ القسم الثالث ، ص ٢٥ مع تعليق فالين .

أن يقوم المدعى بتنفيذ العقد بأمواله الخاصة ، وعلى مسئوليته ٠٠٠ وهذا المقتضى لا يصدق بالنسبة الى ما ورد فى البند التاسع من جدول الفئات الخاص بالعملية المتعاقد عليها فيما يتعلق بتوريد وتركيب بوابات حديد طراز « فهمى حنين » متى كانت الحكومة قد اشترت اختراع هذا النوع من البوابات وصار من حقها دون سواها تشغيلها لمصالحها المختلفة دون الأفراد ٠ ويترتب على ما تقدم اعتبار هذا البند من المقاولة مما يتعارض فى طبيعته مع جوهر العقد الادارى ٠٠ اذا اتضح مما سبق أن محل البند التاسع من جدول الفئات مستحيل على المدعى ، وعلى الأفراد كافة استحالة مطلقة ، الأمر الذى يترتب عليه بطلان هذا البند » ٠

الفرع الثالث

السبب

والأحكام هنا شحيحة جدا ٠ ولعل السبب فى ذلك أنه من النادر أن تتعاقد الادارة دون سبب أو بسبب باطل ٠ ولكن الكل يجمع على ضرورة السبب كركن فى العقود الادارية ، وأن الأفكار المدنية هى بعينها التى تحكم الموضوع فى هذا المجال ، مع مراعاة ما يتعلق بطبيعة العلاقات الإدارية كما رأينا فيما سبق[1] ٠

ولعل أول حكم لمجلس الدولة الفرنسى يشير بصراحة الى ركن السبب ، كما يلاحظ الفقيه بيكنو ، هو حكمه الصادر فى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧ فى قضية «Michaux»[2] وتتعلق هذه القضية بعقد تطوع «contrat d'engament militaire» أبرمه أحد الفرنسيين بقصد قتال الألمان ، ولكنه جند فى وحدة غير مقاتلة ٠ فلما طالب بالغاء عقد

---

(١) راجع تقرير المفوض «Theis» فى قضية «Michaux» التى صدر فيها حكم المجلس فى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧ ، مجلة القانون العام ، سنة ١٩٤٨ ص ٧٨ مع تعليق فالين ٠ وقد جاء فى تقرير المفوض قوله :

«Selon l'article 1131 du Code civil un contrat sans cause ne peut avoir aucun effet. La régle vaut en matière administrative à cette réserve près qu'elle doit être appilquée compte tenu des principes qui président à l'organisation et au fonctionnement des services publics».

(٢) أشير اليه فى الهامش السابق ٠

تطوعه لفقد ركن السبب ، رفض المجلس الدعوى استنادا الى أن الحاق المتطوع بفرقة معينة هو أمر لاحق لابرام العقــد ، وبالتالى لا يفقد العقد سببه[١] .

ولكن المجلس حكم بالغاء عقد ادارى لتخلف ركن السبب ، فى قضية : «Cie des Messageries Maritime» وذلك بحكمه الصادر فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٨[٢] .

وبالرغم من قلة الأحكام التى صــدرت من القضــاء الادارى المصرى فى هذا المجال فقد وجدنا حكما لمحكمة القضــاء الادارى صادرا فى ٢ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية) يشــير الى ركن السبب فى الاتفاقات الإدارية على النحو التــالى : « .. ومن حيث ان التزام صاحب المطحن بانتاج عدد معين من أقات الدقيق الصافى من كل أردب من القمح الذى تقــوم بتسليمه اليه سلطات التموين ثم مساءلته عن عدم انتاج هــذا المقدار يجب أن يقوم على سبب قانونى ، وهذا السبب يكون اما بنص فى التشريع أو بنص فى لائحة صادرة من جــانب المطحن بمثل هــذه المعدلات المقررة عند ابرامه العقد مــع جهة الادارة التى تهيمن على مرفق التموين فى البلاد .. واما باتفاق يتضمن ذكر المعدل المقصود وينبه الى ضرورة الانتاج على مقتضاه . فاذا جاء خلوا تماما من مثل هذا النص ، فقد يسترشد القاضى بما هو من مستلزمات العقد وفقا للعرف الجارى فى التعامل بحسب طبيعة كل التزام » .

وهنا أيضا نكتفى فى أحكام ركن السبب بالاحالة الى المصادر المدنية[٣] .

---

(١) «Con. que la «cause juridique d'un contrat d'engagement ne peut être aappréciée par rapport à un évenement tel que l'affectation à une unité déterminée, survenue postérieurement à la conclusoin dudit contrat; qu'ainsi le moyen invoqué n'est pas susceptible d'être retenu».

(٢) المجموعة ص ٤٢٨ .

(٣) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤١٣ وما بعدها .

الفرع الثانى

جزاء بطلان العقد الادارى

١ ــ يترتب على عدم استيفاء أركان العقد الادارى للشروط القانونية المطلوبة ، بطلان العقد الادارى . ويعرف القانون الادارى أيضا التمييز بين البطلان النسبى (La nullité relative) والبطلان المطلق (La nullité absolue) ولكن مجال البطلان المطلق فى العقود الادارية أوسع منه بالنسبة الى مجاله فى عقود القانون الخاص ، وذلك لأن القواعد المقررة بالنسبة الى ابرام العقود الادارية تتعلق بالصالح العام . ومن ثم يترتب على مخالفتها البطلان المطلق ، وهو المعنى الذى يكشف عنه حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ ، بخصوص العيوب التى تشوب محل العقد .

ولكن هناك بعض القواعد الأخرى المقررة لصالح الادارة ، فلا تترتب على مخالفتها البطلان المطلق ، ومنها ــ فيما نرى ــ منع شراء الأصناف غالية الثمن ، أو الشراء فى الشهر الأخير ، ومنها أيضا ما يتعلق بعيوب الرضا[١] .

٢ ــ والمسلم به أن للقاضى هو الذى يملك وحده تقرير بطلان العقد . وهذا المبدأ لاشك فيه فيما يتعلق بالأفراد ، ولكنه يصدق أيضا بالنسبة الى الادارة ، فبالرغم من سلطات الادارة الواسعة والتى سوف ندرسها تفصيلا فيما بعد ، فان المسلم به ، أمام مجلس الدولة الفرنسى ، أن الادارة ملزمة أيضا بأن تلجأ الى القضاء للحصول على حكم ببطلان العقد ، وأنها لاتستطيع اعلان هذا البطلان بنفسها[٢] . وذلك بطبيعة الحال ما لم يقرر المشرع غير ذلك ، وهو أمر نادر الحصول عملا .

---

(١) دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٢٥١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٥ مارس سنة ١٩٥٤ فى قضية «Dlle Simlier» منشور فى مجموعة (Rev. jur. et per. de l'union fr.) سنة ١٩٥٤ ، ص ٦٢٤ ، مع تعليق المفوض «Jacomet» .

ولا يملك رفع دعوى البطلان الا أطراف العقد كما رأينا .

٣ ـ ويترتب على الحكم ببطلان العقد نتيجتان هامتان : تتعلق الأولى بالغاء الآثار التى تكون قد ترتبت على وجوده ، وتتعلق الأخرى بتحديد مركز الطرفين المتعاقدين .

أولا ـ الغاء آثار العقد : يترتب على الحكم بالغاء عقد من العقود، اعتبار العقد كأن لم يكن ، ومن ثم فانه لايمكن أن يرتب بذاته آثارا فى مواجهة الطرفين المتعاقدين[١] . فاذا كان أحد الطرفين المتعاقدين لم ينفذ التزاماته المتولدة عن العقد الباطل ، فانه لا يمكن الحكم عليه بالتعويض لهذا السبب[٢] .

فاذا كان الطرفان قد بدءا تنفيذ العقد ، فان الحكم بالغائه يقتضى اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنفيذ . ومقتضى ذلك أن يرد كل من الطرفين ما استلمه من الطرف الآخر تنفيذا للعقد المحكوم بالغائه .

ويطبق مجلس الدولة الفرنسى أحيانا فى هذا الخصوص قاعدة
(Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans)
متى استوفت شروطها،فلا يسمح للمتعاقد الذى نفذ التزامه باسترداد ما دفعه اذا كان فى ذلك ما يمس الآداب ، تمشيا مع القواعد المدنية المقررة فى هذا الخصوص[٣] .

والذى يلاحظ فى هذا الصدد أن المادة ١٤٢ من القانون المدنى المصرى الجديد ، قد حذف منها الفقرة الأخيرة والمتضمنة للقاعدة السالفة . فلقد كانت الفقرة الثالثة منها تنص على أنه : « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه الا اذا كان هو

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٢ فى قضية «Bongrand» المجموعة ص ٣٣٥ وقد جاء فيه :

«Le contrat nul n'a pu faire naitre aucune obligation à la charge des parties».

(٢) حكم «Bongrand» السابق .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ قضية «Savonneries Henri Olive» مجلة القانون العام سنة ١٩٢٢ ص ١٥٧ مع تقرير المفوض «Rivet» .

فى التزامه لم يخالف الآداب »[1] ولكن هـذه الفقرة لم تظهر فى الصياغة النهائية للمادة ١٤٢ ، وبالتالى يتعين على القاضى الادارى المصرى أن يراعى هذا الفارق بين القانون المصرى والفرنسى ·

٤ — على أن اعـدام آثار العقـد المحكوم بالفـائه ، لا يعنى بالضرورة حرمان المتعاقد — سـواء كان الفـرد أو الادارة — من الحصول على تعويضات على أساس آخـر · ولقد سبق أن ذكرنا أنه يمكن الحكم بتعويضات فى هذا المجال على أحد أساسين :

أولا — المسـئولية التقصـيرية : وذلك اذا ثبت أن الغاء العقـد يرجع الى خطـأ أحـد الطرفين المتعاقدين ، سـواء أكان الادارة[2] أو الأفراد أو الخطأ مشترك من جانبهما معا[3] ·

ثانيا — الاثـراء بلا سبب : وذلك اذا تكلف المتعـاقد نفقـات عادت على الادارة بفائدة (dépenses utiles)[4] وهنا لا يتشدد القضـاء الادارى الفرنسى كما رأينا فى الحالات السابقة ، بل يكفى أن تعود النفقات التى يتحملها المتعاقد على الادارة بفائدة ، لتلتزم بالرد ·

---

(١) راجع مجموعة الأعمـال التحضيرية للقانون المدنى ، الجـزء الثانى ، ص ٢٥٤ ·

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية «Sté smith» المجموعة ص ١٩٤٠ وقد جاء فيه :

«En poursuivant l'exécution des marchés (nuls) malgré l'opposition du ministre des finances, l'office national des assurances à commis une faute de service qui engage la rsponsabilité de l'Etat».

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٤ فى قضية «Ali Tor» المجموعة ص ٢١٧ ، وفى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فى قضية «Min. du Travail» دالوز سنة ١٩٥٠ ، ص ٧٦ تعليق فالين ·

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية «Laily» المجموعة ص ٩٠٥ ، وقد جاء فيه :

«Le requérant ne saurait tirer aucun droit des stipulations d'un tel contrat; dans ces conditions il est seulement fondé à obtenir le remboursement des dépensés utilés à la commune supporté par lui».

القسم الثالث

الالتزامات التى تتولد عن العقود الادارية

ونتناول فيه على التوالى :

أولا : الأسس العامة التى تحكم آثار العقود الادارية ٠

ثانيا : التزامات المتعاقد وسلطات الادارة فى مواجهته ٠

ثالثا : حقوق المتعاقد فى مواجهة الادارة ٠

رابعا : آثار العقود الادارية بالنسبة الى الغير ٠

الباب الأول

الأسس العامة التى تحكم آثار العقود الادارية

مقدمة تمهيدية

تقوم فكرة العقد فى مجال القانون الخاص ، على أسس معروفة ، أهمها قاعـدة أن العقد شريعة المتعـاقدين • وسوف نرى أن فكرة « العقد الادارى » كما صاغها القضاء الادارى الفرنسى ، وكما هى مطبقة أمام مجلس الدولة المصرى ، تختلف الى حد كبير عن نظيرتها المسلم بها مدنيا من حيث الآثار التى تترتب على العقود الادارية • فالى أى حـد يختلف الوضع فى القانون الادارى عنه فى القـانون الخاص ؟ وهل يعتبر العقد الادارى عقدا ، بالرغم من خروجه الى حد كبير على المبدأ الجوهرى فى العقود ، والذى يقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ؟!

ذلك ما نريد أن نبدأ به قبل أن ندخل فى صميم الالتزامات التى تتولد عن العقود الادارية ، والتى تعتبر دراستها حجر الزاوية فى نظام العقود الادارية بمعناه الفنى الدقيق •

ومن ثم فاننا نتناول فى هذا الباب التمهيدى على التوالى دراسة الأسس الآتية :

أولا : العقد الادارى هو عقد بمعنى الكلمة •

ثانيا : دورنية الطرفين فى تحديد الالتزامات التعاقدية •

ثالثا : اتصـال العقد الادارى بالمرفق العام وما يترتب على ذلك من آثار •

رابعا : امتداد آثار العقد الادارى الى غير المتعاقدين فى بعض الحالات •

المبحث الأول

العقد الادارى هو عقد بمعنى الكلمة

١ ـ العقـد ، وفقا للتعريف الغـالب ، هو توافق ارادتين على أحداث أثر قانونى ، سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه[١] ٠

وهذا التعريف يصدق بالنسبة الى العقود الادارية ، كما هو الشأن بالنسبة الى عقود القانون الخاص ٠ ولهذا رأينا أن مجلس الدولة الفرنسى ، الذى صاغ الأحكام الأساسية لنظرية العقد الادارى ، قد طبق الأحكـام المدنية ـ بحذافيرها تقريبا ـ فيما يتعلق بأركـان الرابطة التعاقدية ، وفيما يختص بعيوب الرضا ، مما يؤيد أن العقد هو فى جوهره عقد بالمعنى المعروف ٠ وكـل ما يؤخذ على الرابطة التعاقدية فى المجال الادارى ، اعتبارات تتعلق بالنواحى الآتية :

أولا ـ القيود التى تفرضها التشريعات على الادارة فيما يتعلق باختيار المتعاقد معها ٠

ثانيا ـ كـون دفاتر الشروط تحرر مقدما ، ولا يملك المتعاقد مناقشتها ٠

ثالثا ـ سلطات الادارة الخطيرة فى مواجهة المتعاقد معها ، والتى لا نظير لها فى عقود القانون الخاص ٠

ولا شىء من هذه الاعتبارات يمكن أن يؤدى الى اهدار الرابطة التعاقدية فى مجال عقود الادارة ٠

٢ ـ أما فيما يتعلق بفرض قيود على الادارة بخصـوص اختيار

---

(١) الوسيط للدكتور السنهورى ، المرجع السابق ص ١٣ ، ولقد كانت المادة ٢١٢ من مشروع القانون المدنى تعرف العقد بانه « اتفاق ما بين شخصين أو إكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو انهائها ٠ » وقد حذف هذا التعريف ، جريا وراء السياسة التشريعية التى تهدف الى تجنب الاكثار من التعريفـات الفقهية ٠ مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثانى ص ١١ ٠

المتعـاقد معها ، فلقد رأينا أن مرد ذلك الى المحافظـة على قاعدة المساواة بين المتنافسين من ناحية ، وعلى تحقيق المصلحة المالية للادارة من ناحية أخرى • ومع ذلك ، فلقد أوضحنا تفصيلا فيما سبق أن الادارة تملك رغم جميع القيود ، سلطة تقديرية فى عـدم ابرام العقد ، حتى لا يفرض عليها التعاقد مـع شخص لا تريد التعاقد معه • وهكذا تبقى للادارة حرية أخيرة فى التعاقد • هذا فضلا عن أن القيود التى ترد على حرية الادارة فى اختيار المتعاقد لا تتناول جميع العقود الادارية ، بل تقتصر على العقود التى وردت بخصوصها دون غيرها • وفيما عداها تسـترد الادارة حريتها على التفصـيل السابق •

٣ ــ أما كون دفاتر الشروط تحرر مقدما ، ويقتصر دور المتعاقد على قبولها كما هى ، فان هـذا حق ، ولكن مرجع ذلك الى ضرورة احترام الادارة فى التعاقد لقواعد مقررة فى التشريعات واللوائح الادارية لا تستطيـع الخروج عليها • فهذه الدفاتر لا تقيد حـرية المتعاقد مع الادارة فحسب ، ولكنها مفروضة على الادارة أيضا الى حد كبير • ولكن هذه الحقيقة لا تنال من الطبيعة التعاقدية للعقود الادارية ، للأسباب الآتية :

أولا : يعرف القانون الخاص طائفـة من العقود التى تفرض شروطها على أحـد الطرفين المتعاقدين ، وهى عقـود الاذعان «Les contrats d'adhesion» مع فارق بين عقود الاذعان فى القانون الخـاص وبين العقـود الادارية : فالشروط الواردة فى دفـاتر الشروط ، ولو أن الادارة هى التى تستقل بتحريرهـا مقدما ، الا أنهـا فى حقيقة الأمر ملزمـة بتلك الشروط ولا تستطيع أن تعدل فيها ، أو تتحرر منها • وهذا بعكس عقود الاذعان التى يفرضها الطرف الأقوى على الطرف الأضعف بمطلق حريته •

ثانيا : ان الشروط الواردة فى دفاتر الشروط لا تلزم المتعاقد كما رأينا الا اذا أشير اليها صراحة فى العقد المبرم بين الادارة وبين

المتعاقد ، مما يقطع بصفتها التعاقدية . ولقد رأينا أنه اذا أشير الى بعض الشروط الواردة فى دفتر معين ، فان هذه الشروط وحدها هى التى تحكم الرابطة التعاقدية . كما أن الادارة تملك — فى حدود معينة — الخروج على بعض تلك الشروط فى عقد خاص تبرمه مع الأفراد .

ثالثا : اذا عدلت دفاتر الشروط بعد التعاقد ، فان الشروط القانون الخاص ، ولكن مرجع ذلك كما سنرى الى صلة العقد الادارى التى أبرمت قبل التعديل .

رابعا : وأخيرا ، فان جوهر الرابطة التعاقدية — فى القانونين العام والخاص — أنه بمجرد ابرام العقد يغدو هذا العقد قانون الطرفين ، وبالتالى لا يمكن المساس بالرابطة العقدية عن طريق اجراء عام«par voie générale»ومن ثم فانه اذا عدل القانون الأوضاع التى تعاقدت الادارة فى ظلها ، فان هذه التعديلات الجديدة لا تسرى على عقود الادارة القديمة[1] .

٤ — أما فيما يتعلق بسلطات الادارة الخطيرة فى مواجهة المتعاقد معها ، فانها تخرج الى حد ما عن المألوف فى الروابط العقدية فى القانون الخاص ، ولكن مرجع ذلك كما سنرى الى صلة العقد الادارى بالمرفق العام ، تلك الصلة التى أدت الى تمييز العقد الادارى بخصائص ذاتية ، والا لما كان هناك محل لفكرة مستقلة للعقود الادارية . ومع ذلك ، فان فكرة العقد ، باعتباره توافق ارادتين ، لم تغب عن ذهن مجلس الدولة الفرنسى اطلاقا وهو يضع أسس العقد الادارى . وسوف نرى أثر ذلك فيما يتعلق بحق الادارة فى تعديل

(١) مطول جيز ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٦٠ . وموجز بونار فى القانون الادارى ، ص ٦١٦ ، ومطول دى لوبادير فى القانون الادارى ، طبعة سنة ١٩٥٣ ، وملحقه ، ص ٤٣٥ .

ولكنه يجب التمييز هنا ، كما هو الشأن فى القانون الخاص ، بين القوانين المفسرة والقوانين الآمرة ، فالقوانين الآمرة ، تسرى على العقود الادارية القائمة وقت صدورها . راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Dilly» مجموعة سيرى سنة ١٩٥٠ ص ١١٧ .

التزامات المتعاقد مع الادارة بالنقص أو الزيادة ، بل وفى انهاء العقد بارادتها المنفردة وهو أخطر حقوق الادارة ٠

٥ — على أنه يجب مع ذلك ملاحظة أن من الاتفاقات الادارية التى تبرمها الادارة مع الأفراد ، ما لا يعتبر عقدا خالصا ، بل يعتبر عند التحليل الدقيق عملا قانونيا مركبا : فهو عقد من حيث أنه ينشىء مراكز قانونية ذاتية «situations juridiques subjectives» ولكنه عمل شرطى act condition من حيث أنه يسند الى المتعاقد مع الادارة مركزا قانونيا عاما ومنظما من قبل ٠ وقد أتيح لمجلس الدولة الفرنسى أن يبرز المعنى السابق فيما يتعلق بالعقود التى تبرمها الادارة مع الأفراد بقصد الاستعانة بخدماتهم ، أى الموظفون التعاقديون «Les contrats d'engagment d'agents» فالقوانين واللوائح تنظم جانبا من علاقة هؤلاء الموظفين بالحكومة ، وتترك الجانب الآخر تنظمه الرابطة التعاقدية ٠ والملاحظ أن الجانب النظامى أهم كثيرا من الجوانب التعاقدية ، حيث لا تترك عادة للعقد الا تنظيم الجوانب المتعلقة بتحديد المدة ، وطريقة الفصل ، وتقدير المقابل[1] ٠

بل ان المركز النظامى يغدو كل شىء فى بعض العقود ، مثل عقود التطوع للخدمة العسكرية «Les contrats d'engagment militaires» ففى هذه العقود يقتصر دور العقد على اخضاع المتعاقد للمركز النظامى الذى تحدده القوانين واللوائح ، مما حدا بالفقهاء الى التحدث عن العقود التى يتولد عنها مراكز نظامية !! «Les contrats attributifs de

(١) حكم المجلس الصادر فى ٤ مارس سنة ١٩٥٣ فى قضية «Syndicat national» مجلة القانون العام سنة ١٩٥٣ ص ٥٧٦ وقد تناول المجلس فى هذا الحكم شرح النصوص التنظيمية التى تحكم الموظفين المتعاقدين ٠

وراجع أحكامه الصادرة فى ١٥ فبراير سنة ١٩٥٠ فى قضية «Dlle. Philippon» المجموعة ص ١٠٧ ، فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٣٨ فى قضية «Verchère» مجلة القانون العام سنة ١٩٣٨ المجموعة ص ٨١٩ ٠

وراجع مؤلف الفقيه «plantey» بعنوان «traité pratique de le fonction publique» ص ٢٦ وما بعدها ٠

«situation statutaire» مع أن المسلم به أن العقد ، يولد مراكز شخصية أو ذاتية لا مركز نظامية[1] ٠

ويكون دور العقد مقصورا على مجرد تحديد مدة خضوع المتطوع لهـذا المركز النظامى ٠ ويترتب على هـذا التمييز فى شروط تلك الاتفاقات المركبـة ، أن جانبها التعاقدى يخضـع للنظام القانونى المقرر للعقود ، من حيث عدم خضوعها للتشريعات الجديدة ، بعكس الجانب التنظيمى الذى تحكمه التشريعات الجديدة[2] ٠

٦ ــ ولقد أخذت محكمة القضاء الادارى المصرية بأفكار مقاربة من الأفكار السابقة وذلك فى حكمها الصادر فى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ان العقد الذى وافق مجلس الوزراء على أنموذج منه فى ٣١ يسمبر سنة ١٩٥٠ تنفيذا للمادة ٢٦ من قانون الموظفين التى تنص على أن تسرى على الموظفين المؤقتين ٠٠ (المادة) ان العقـد المذكور لا يعتبر سندا فرديا ، بل هو تنظيم عام لحالة هؤلاء الموظفين ، بحيث لا يجوز أن يختلف من موظف لآخـر الا فى حدود ضيقة جدا نص عليها ذلك السـند ٠ وفيما عدا ذلك فقـد نص على أن يكون الموظف من جميع الوجوه خاضعا للقوانين واللوائح الخاصة بالموظفين الجارى العمل بها أو التى سيعمل بها فى الحكومة المصرية ٠ ومثل هذا الوضـع لا يجعل الموظف فى حالة تعاقدية ، وانما فى حالة قانونية لائحية يخضع فيهـا للقوانين ، ولا يجوز مخالفتها خارج ما سمح به العقد ٠ ومثل هذا التصرف ليس عقدا فى المعنى القانونى ، ولكنه تصرف شرطى يؤدى الى ادخال صاحبه فى نظام قانونى معين لامحيص

---

(١) حكم المجلس الصادر فى قضية «Michaux» فى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧ وقد سبقت الاشارة اليه ٠ وفى قضية «Schmitt» فى ١٣ يونية سنة ١٩٤٧ ، المجموعة ص ٢٥٧ وقد ورد فى هذا الحكم بخصوص عقد التطوع قول المجلس :

«Un tel contrat n'implique pas que l'Etat soit lié envers l'engagé par des stipulations synallagametiques ... mais qu'il a seulement pour effet de la soumettre jusque à la date fixée par ledit contral aux mêmes obligations et au même staut, militaire que les individus normalement appelés par l'ordre de mobilisation».

ولقد انتقـد الفقيه دى لوبادير هـذا المسـلك بشـدة ، مطوله فى العقود الجزء الأول ، ص ٨ ٠

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Syndicat national» السابقة ٠

من التزامه ، وفى هذا المجال تكون الادارة مقيدة بالقانون ، ولا يجوز لها أن تتجاوزه » وفى الموضوع لم تقر المحكمة الادارة على تخفيض مرتب الموظف المحدد فى عقده عما تقضى به القوانين واللوائح[1] .

ولقد تبنت المحكمة الادارية العليا ذات المبادىء ، فهى فى حكمها الصادر فى ٢١ يونية سنة ١٩٥٨ (السنة ٣ ص ١٩٨٦) تقول : « ومن حيث انه يجب التنبيه بادىء ذى بدء الى أن علاقة الحكومة بالموظفين المعينين على وظائف مؤقتة أو لأعمال مؤقتة ، كما هو الشأن فى المدعى ، ليست علاقة عقدية بل هى كذلك علاقة قانونية تنظمها القوانين واللوائح . وغاية الأمر أنهم يخضعون فى توظيفهم وتأديبهم وفصلهم للأحكام التى صدرت أو تصدر بها قرارات من مجلس الوزراء . وقد نظم هذا المجلس بقرارات منه صيغة عقد الاستخدام الذى يوقعه من يعين من هؤلاء من خدمة الحكومة . والعلاقة القانونية على مقتضاه ، وبحسب صيغة العقد ، هى علاقة مؤقتة لمدة محدودة ، وتنتهى بالأدوات القانونية الثلاث التى نصت عليها المواد ١ ، ٦ ، ٨ ، من العقد .. » وطبقت ذات المبادىء فى خصوص العلاقة بين من من يتطوع للخدمة فى الشرطة وبين الادارة (حكمها الصادر فى ١٢ يولية سنة ١٩٥٨ ، السنة ٣ ص ١٦٠١) وفى شأن علاقة المتطوع للخدمة بمصلحة خفر السواحل والادارة (حكمها الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٥٩ س ٤ ص ١٠٢٣) .

ثم ان قضاء مجلس الدولة المصرى وفتاويه مطردة - كما رأينا - على أن عقد الامتياز هو عقد مركب يحتوى على جانب تنظيمى .

ولكننا وجدنا جملة لعلها جاوزت قصد محكمة القضاء الادارى اذ حاولت فيها أن تعمم المركز النظامى على جميع العقود الادارية ، وكان ذلك فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٥٦[2] ، حيث تقول « .. ومن ثم فان شروط المناقصة تضعها الادارة بمفردها ولا

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ، ص ١٧٨ وما بعدها .
(٢) السنة العاشرة ص ٣٥٩ .

تناقش فيها المتعهد الذى يجب أن يقبلها فى جملتها فيغدو فى مركز تعاقدى شكلا ، تنظيمى موضوعا ··· والشروط العامة لمقدمى العطاءات على السواء تعتبر شروطا لائحية لا تعاقدية »[1] ·

وهذا التعميم على اطلاقه غير سليم ، ويهدم الفكرة التعاقدية فى العقود الادارية · فمجرد اعداد شروط العقد مقدما لا يمكن بذاته أن يجعل مركز المتعاقد مركزا نظاميا كما هو الشأن فى عقود الاذعان كما ذكرنا ، هذا فضلا عن أن الادارة تملك مفاوضة المناقصين فى شروط المناقصة فى بعض الحالات · فاذا تعاقد الفرد بعد ذلك ، فانما يتعاقد فى ظروف تتشابه الى حد كبير مع ظروف القانون الخاص ·

(١) وليس الحكم المشار اليه فى المتن هو الحكم الوحيد الذى أشار الى تلك الفكرة ، بل وجدناها مكررة فى أحكام أخرى من أوضحها حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) وهو أطول حكم رأيته فى حياتى ، اذ بلغت حيثياته أكثر من سبعمائة صفحة !!!

وقد جاء فيه ، بعد أن قارنت المحكمة بين عقود القانون الخاص ، والعقود الادارية ، وأوضحت أن الادارة فى العقود الادارية تستهدف المصلحة العامة دائما قولها : « ولتحقيق ذلك تتمتع جهة الادارة فى العقود الادارية بحقوق وسلطات واسعة ، منها أنها هى التى تنفرد بوضع الشروط الخاصة بالعطاءات دون أن يكون للمتعاقد فرصة الاشتراك فى صياغتها ومناقشتها ، وليس لمن يريد التعاقد معها الا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها · وفى هذه المرحلة تتقلص ارادة المتعاقد ولا تظهر ، بل يكون هناك ارادة منفردة ·· وهى الجهة الادارية ، التى انفردت بوضع شروط معينة ثم عرضها على من يرضاها ويقبلها · واذا حدث فى بعض الأحيان وقام من يرغب فى التعاقد بتعليق قبوله على بعض تحفظات يبديها ، الا أنه منذ اللحظة التى يعطى فيها هذا القبول يخضع فى الواقع من الأمر لالتزامات لم يشترك فى صياغتها أو يناقش فيها · واذا كان هذا المتعاقد قد عرف هذه الالتزامات قبل أن يعطى موافقته وعرف المزايا التى تعود عليه مقابل هذه الالتزامات الا أن ذلك لا يمنع من القول بأن شروط العقد الموضوعية مظهر لارادة لها سلطة الزام من يقبل أن يكون خاضعا لقانونها · وهذا القانون — وهو دستور العقود الادارية — يعطى جهة الادارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد ··· الخ وهذا كله دون أن يحتج عليها بقاعدة قوة العقد الملزمة أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين بالمعنى المفهوم من ذلك فى القانون المدنى · فاذا ما استعملت جهة الادارة حقها الأصيل فى املاء شروطها على المتعاقد الذى ليس له الا أن يقبلها أو يرفضها ، فانه اذ قبلها أصبح فى مركز تعاقدى شكلا ، تنظيمى موضوعا ، ومن هنا ينشأ من العقود الادارية مراكز خاصة تختلف تماما عن تلك التى تنشأ فى ظل العقود المدنية ، ولذلك فانه مما يخرج عن نطاق الجدل ، أن المبادىء الأساسية فى القانون الخاص لا تطبق على اطلاقها بالقياس الى العقود الادارية ، بل تخضع هذه العقود لقواعد خاصة تحكمها ويفصل فى منازعتها على مدى المبادىء التى استقرت فى القانون الادارى » ·

واذا كان العقد الادارى يؤدى دور العمل الشرطى فى بعض الحالات فهى حالات استثنائية ، يستلزمها سير المرفق العام • ولما كانت الأعمال القانونية — ومنها العقد — هى وسائل لتحقيق الآثار القانونية المطلوبة ، فيجب أن تحور لتستجيب لحاجات المجتمع المتجددة • والملاحظ فى الدول الحديثة ذات الطابع الاشتراكى ، أن ثمة تقاربا بين مراكز القانون العام والخاص ، وبالتالى فان مركز الموظف التعاقدى قد اقترب جدا من مركز الموظف الذى يخضع للمركز النظامية ، ومن هنا كان التطور الذى ألمعنا اليه فى القانونين الفرنسى والمصرى •

ولكن بالرغم من كل ما سبق ، فان العقد الادارى هو عقد من حيث أنه يقوم على توافق ارادتين ، وأن كلا من الادارة والمتعاقد معها يقبل مختارا الالتزام بما يفرضه العقد من التزامات • وهذا هو جوهر الرابطة التعاقدية ، وما يميزها عن القرارات الادارية التى تصدر عن الارادة المنفردة •

٧ — وهذا المعنى الأخير أبرزته محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) حيث تقول : « انه وان كانت جهة الادارة هى التى تستقل حقيقة بصياغة العقد الادارى ، ووضع شروطه سلفا ، وبغير اشراك المتعاقد المنتظر فى شىء من ذلك معها ، الا أن ذلك لا يعنى أن الأفراد يقبلون هذه الشروط أو يرتبطون بها دون أن يكونوا راضين عنها وراغبين فيها ، ذلك بأنهم يطلعون على هذه الشروط ويدرسونها ويبدون بشأنها ما يرون من تحفظات يرفقونها بعطاءاتهم • ومن ثم فان ارادة المتعاقد مع الادارة ليست أجنبية فى تكوين العقد وابرامه ، بل هى ماثلة وواضحة فى أن شروطا معينة تعرض عليه فيدرسها ويقدر المزايا التى تعود عليه منها والالتزامات المفروضة عليه بمقتضاها ويوازن بين هذا وذلك ، ثم ينتهى من ذلك — وبكامل حريته ورضاه — اما الى قبولها أو رفضها أو تعليق قبوله على شروط أو تحفظات يبديها • ومن ثم فانه اذا تعاقد فان التعاقد يتم وهو

علم تام بجميع ظروف العقـد والنتائج المترتبة عليه ، فثمة قبول حقيقى تتوافر فيه عناصر التعاقد والارادة المشتركة للمتعاقدين ٠ على أن المظهر الذى يبدو فى استقلال جهة الادارة بوضع شروط العقد وحريتها فى التعاقد ليس فى حقيقته مركزا متميزا عن مركز الأفراد أو أنها تتمتع فى هذا الشأن بحرية تمتنع على الأفراد ، بل الواقع من الأمر انه اذا وضعت حرية التعاقد موضـع الاعتبار والموازنة لظهر بجلاء أن لحرية الادارة فى التعـاقد حدودا وقيـودا صارمة ، منها ما يتصل بموضوعه وبما يتضمنه العقد من نصوص ، ومنها ما يتصل بحرية اختيار الشخص الذى تتعاقد معه جهـة الادارة ٠ فمن حيث الشكل لا يجوز ابرام بعض العقود بغير استفتاء هيئات خاصة ٠٠ ومن حيث الموضوع واختيار الطرف الآخر فى العقد ، فانه بالنظر الى أن الأشخاص المعنوية العامة مقيدة بقاعدة التخصص ، فانه لا يجوز لها أن تتعـاقد الا بشـأن الموضوعات الداخلة فى اختصاصها ٠ وحتى بالقياس الى هذه الموضوعات فانها قد لا تسـتطيع أن تتعاقد مع أى شخص تختـاره ، بل عليها أن تسلك فى هـذا سبلا معينة ، وتتبع اجراءات خاصة لضمان اختيار المتعاقد الذى يتقدم بأفضل العروض والشروط المالية والفنية ٠.وأخيرا فان الأشخاص المعنـوية مقيدة بنصوص معينة مفروضة عليها ، اذ أنه يتحتم عليها ابرام عقودها طبقا لنماذج عامة موحدة ، بل أنه يجب عليها ادراج بعض الشروط فى تلك العقـود ، ولا يجـوز للهيئات الادارية أن تحيـد عن تلك النصـوص الا بترخيص خاص ، وفى أحـوال اسـتثنائية ٠ وحتى الشروط الاسـتثنائية الغير مألوفة لا يجب حتمـا أن تكون شروطا رضائية مضمنة فى العقد ، ويتفق عليها الطرفان عند ابرامه ، بل ان القانون قد يفرض هذه الشروط سلفا ويستلزم وجودها النظام الموضوع لادارة المرفق العام أو المساهمة فيه أو فى تسييره ، فتكون هذه الشروط مضمنة فى قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة فى الأصل ويخضع العقد مباشرة لها عند ابرامه » ٠

كما أن المحكمة الادارية العليا تؤكد جميع المعـانى السابقة ، وتبرزها فى حكمها الصـادر فى ٨ أبريل سـنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ٨٨٢) حيث تقول : « غير أنه لما كان العقد الادارى ، شأنه شأن سائر العقود الادارية التى تخضع لأحكام القانون الخاص ، يتم بتوافق ارادتين يتجهان الى احداث أثر قانونى معين ، هو انشـاء التزام أو تعـديله ، وليس عملا شرطيا يتضمن اسناد مراكز قانونية عـامة موضوعية الى أشخاص بذواتهم ، فاذا ما توقع المتعاقدان فى العقد خطأ معينا ، ووضعا له جزاء بعينه ، فيجب أن تتقيد جهة الادارة بما جاء فى العقد ، ولا يجوز لها ـ كقاعدة عامة ـ أن تخالفه أو تطبق فى شـأنه نصوص لائحـة المناقصات ، لأن الأحـكام التى تتضمنها اللائحة كانت ماثلة أمامها عند ابرام العقد » .

المبحث الثانى

دور نية الطرفين فى تحديد الالتزامات التعاقدية

١ ـ لما كان العقد الادارى رغم كل شيء هو عقد كسائر العقود ، فانه من المتعين أن يرجع الى نية الطرفين المشتركة «La commune intention» لتحديد التزامات كل من المتعاقدين فى العقود الادارية كما هو الشأن فى سائر العقود . ومن ثم فان الملاحظ فى هذا الخصـوص ، أن مجلس الدولة الفرنسى يلجأ الى النصوص المقررة فى المجمـوعة المدنية فيما يتعـلق بكيفية تفسير العقـد ، وهى نصـوص مبناها نيـة الطرفين . فهو كثيرا ما يطبـق ، بل وأحيانا يذكر صراحة :

ـ المادة ١١٥٦ من المجموعة المدنية الفرنسية التى توجب البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين دون الوقـوف عند ظاهر النصـوص الواردة فى العقد[١] .

ـ والمادة ١١٥٧ التى تتطلب حمل الشروط التى ترد فى العقد على اقرب المعانى اتفاقا مع نية الطـرفين وما يؤدى الى ترتيب آثار عليها ، وذلك فى حالة احتمال تلك الشروط لأكثر من معنى[٢] .

ـ والمادة ١١٦١ التى تجعل من الاتفاق وحدة كاملة فى تفسير شروطه ، بحيث يفسر كل شرط على ضوء باقى الشروط[٣] .

والمادة ١١٣٥ التى توجب عدم قصر الالتزامات المتولدة عن العقد

---

(١) حكمه فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضـية «Depart. des Côtes du-Nord» المجموعة ص ٩٠٠ وفى ٥ يناير سـنة ١٩٥١ فى قضـية «Cne. de Lesparre» المجموعة ص ٣٠ . وفى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥١ فى قضـية «Sté Citroen» المجموعة ص ٥٠٧ .

(٢) حكمه فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية «Depart. des Cotes-du Nord» المشار اليه فى الهامش السابق .

(٣) حكمه فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Sté. d'entreprise» المجموعة ص ٢٢ وقد جاء فيه :

«Il résulte de l'ensemble des stipulations du contrat, dans la commune intention des parties».

على ما ورد به صراحة ، ولكن تسحبها لتشمل كل ما تقضى به العدالة أو العرف أو القانون حسب طبيعة العقد ...[١] الخ .

٢ — ولكن تطبيق مجلس الدولة الفرنسى للقواعد المدنية فى هذا الخصوص ، لا يعنى التزام تلك القواعد حرفيا ، لأن المجلس يهجرها كلما تطلبت مقتضيات الصالح العام ذلك . ومن هذا مثلا ، أن مجلس الدولة الفرنسى لا يلتزم نص المادة ١١٦٢ من القانون المدنى والتى تقضى بأنه فى حالة الشك يفسر الالتزام لصالح المدين ، ذلك أن اتصال العقد بالمرفق العام لا يسمح بأعمال تلك القاعدة على اطلاقها ، لأنه لا يمكن التضحية بالصالح العام اطلاقا .

٣ — بل ان غلاة المتشيعين للفكرة المدنية فى العقود ، قد حاولوا رد السلطات الاستثنائية التى يعترف بها القضاء للادارة الى فكرة « النية المشتركة » للطرفين ، ومن ثم فقد أرجعوا الى هذه الفكرة ، مبدأ التوازن المالى للعقد[٢] «L'équilibre financier du contrat» والتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التى تصادف المقاول عند التنفيذ «l'indemnisation des sujetions imprévues»[٣] ونظرية عمل الأمير fait du prince»[٣] .. الخ مما سوف نستعرضه فى موضعه من هذا المؤلف . ولكن الحقيقة — كما سنرى — أن ذلك مغالاة فى تفسير النية المشتركة للطرفين ، واهدار للخصائص الذاتية لنظرية العقود الادارية ، ولهذا يمكننا أن نؤكد من الآن أن نية الطرفين تؤدى دورها كاملا فى خارج النطاق الذى تستلزمه الخصائص الذاتية للعقود الادارية .

٤ — ولقد أتيح لمحكمة القضاء الادارى المصرية — منذ تاريخ مبكر — أن تحدد بالتفصيل دور نية المتعاقدين فى تحديد الالتزامات

(١) حكمه فى ١١ يوليو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Rezimbaud» المجموعة ص ١٨٩ وفى ٢ يوليو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Galopin» مجلة القانون العام سنة ١٩٥٥ ص ٢٢٧ .

(٢) De soto, J. C. P. 1950. 1. 817 .

(٣) جيز ، مرجعه فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٦٩١ .

(٤) موجز بونار السابق ، ص ٦٤١ ، ومؤلف جيز السابق ، ص ٦٨١ .

التعاقدية ، وتفسيرها ، وذلك فى أطول حكم أصدره مجلس الدولة المصرى ــ بل القضاء المصرى بصفة عامة ــ ونعنى به حكمه الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية)٠وقد حرصت المحكمة فى هذا الحكم على ابراز العلاقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص فى هذا الصدد حيث تقول :

« انه وان كان القانون الادارى قد أخذ فى خلال القرن الماضى يستقل بمبادئه ونظرياته عن القانون المدنى كما سبق البيان ، الا أن قواعد القانون الادارى فى استقلالها عن القانون المدنى ليست مرتبة واحدة ٠ واذا كان بعض هذه القواعد قطع الصلة اطلاقا بالقانون المدنى ، فانه لايزال البعض الآخر منها يمت الى قواعد القانون المدنى بصلة ٠ وبينما توجد طائفة من قواعد القانون الادارى لا مقابل لها فى القانون المدنى ، مثل القواعد التى تقرر لجهة الادارة امتيازات معينة تسمح لها بارغام الأفراد على القيام بما تأمرهم به من أعمال ــ مخالفة بذلك مبادىء القانون الخاص التى تقضى بالمساواة بين ارادة كل من الطرفين ــ توجد طائفة أخرى هى نفس قواعد القانون الخاص ٠ ولكن هذا لا يعنى أن القانون الادارى اذ يطبق هذه الطائفة من القواعد يفقد استقلاله ، بل ان اتحاد القاعدة فى كل من القانونين مرجعه الى أنه فى حالة معينة بالذات اقتضت الضرورات ومبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة أن تطبق نفس القاعدة ٠ والقانون الادارى حين يطبق تلك القاعدة ، انما يقصد فقط نقلها الى نطاقه وادماجها فى قواعده الخاصة التى يطبقها على المنازعات الادارية ٠ ومن بين هذه الطائفة الأخيرة ــ فى نطاق تفسير العقود الادارية ــ القاعدة الأصولية العامة فى التفسير وهى أنه اذا كانت عبارة العقد واضحه ، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين ٠ أما اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات

... فهذه القاعدة وان كانت مقننة فى القانون الخاص (المادة ١٥٠ مدنى) الا أنها تطبق على العقود الادارية أيضا ، وتقرر أصلا عاما فى تفسير هذه العقود اعتبارا بأنها تقنن مبادىء تمليها طبيعة الأمور ومقتضيات العدالة ، مما لا تختلف فيه روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص . ومقتضى هذه القاعدة أنه اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين . الا أنه لا يجب أن يفهم من ذلك أن العبارة اذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها ، بل ان القاضى قد يجد نفسه فى حاجة الى تفسير العبارات الواضحة مهما بلغ من وضوحها وسلس معناها ، وارتفع عنها اللبس والابهام ، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الارادة ، فقد تكون العبارة فى ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح فى معنى آخر . ففى هذه الحالة لا يأخذ القاضى بالمعنى الواضح للفظ ويجب أن يعدل عنه الى المعنى الذى قصد اليه المتعاقدان وذلك بشرطين : الأول : هو أن يفترض بادىء الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذى قصد اليه المتعاقدان فلا ينحرف عنه الى غيره من المعانى الا اذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك . والثانى : هو أن القاضى اذا عدل عن المعنى الواضح الى غيره من المعانى لقيام الأسباب المبررة لذلك ، وجب عليه أن يبين فى حكمه هذه الأسباب . وعلى مقتضى هذا يكون للحكمة السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود الادارية والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر الى خلافه على أن تبين الأسباب التى من أجلها عدلت عن الظاهر الى خلافه وكيف أفادت تلك الأسباب التى من أجلها عدلت عن الظاهر الى خلافه وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود المتعاقدين .

« ومن حيث انه من المتعين فى مقام تفسير العقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، اذ العبرة انما تكون بالارادة الحقيقية (الباطنة) على أن تكون هى الارادة المشتركة للمتعاقدين لا بالارادة الفردية لكل منهما ، لأن هذه الارادة المشتركة هى التى التقى عندها المتعاقدان ، فهى التى يؤخذ بها دون اعتداد بما لأى متعاقد من ارادة فردية لم يتلاق معه المتعاقد الآخر فيها • ومن العوامل التى يستهدى بها القاضى للكشف عن هذه النية المشتركة ، ما يرجع الى طبيعة التعامل حيث يختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد : اذ المعقول أن المتعاقدين قصدا أن يتركا العقد محكوما بالقواعد التى تقتضيها طبيعته ، ما لم يصرحا بخلاف ذلك • ومن العوامل الموضوعية التى يسترشد بها القاضى أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم وأن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا ، بمعنى أنه لا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات ، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءا من كل هو العقد ، فقد تكون العبارة مطلقة ولكن تحددها عبارة سابقة أو لاحقة ، وقد تقرر العبارة أصلا يرد عليه استثناء قبلها أو بعدها • وقد تكون العبارة مبهمة وتفسرها عبارة وردت فى موضع آخر • كما أن من العوامل الخارجية فى تفسير العقد الطريقة التى ينفذ بها وتكون متفقة مع ما يوجبه حسن النية فى تنفيذ العقود ، وحيث لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام •

« ومن حيث ان رجال القانون المدنى لا يعتبرون قواعد التفسير المقررة فى القانون المدنى والمضمنة نصوصه ، قواعد آمرة بالرغم من أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مثلا تنص صراحة على أنه « •••• يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ••• الخ » •

كما أنهم يرون أن قواعد التفسير المقررة فى القانون المدنى انما تقوم على حسن الفهم والادراك ، وأن هذه المواد انما وضعت

لتعين القاضى على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين • فاذا كان هذا هو الشأن فى مجال القانون الخاص بقواعده المقننة ، فان القانون الادارى - وهو غير مقنن - أولى بأن تسوده نفس الفكرة ، بمعنى أن يكون تفسير العقود الادارية قائما على حسن الفهم والادراك ومقتضيات العدالة • وأن يكون مناط التفسير وهذا الأساس، الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وألا تتحكم فيه المبانى دون المعانى ، وعلى أن يراعى فى هذا كله ما تتميز به العقود الادارية عن العقود المدنية من خصائص وطبيعة تجعل لها نظاما قانونيا يختلف جد الاختلاف عن النظام الذى تخضع له العقود المدنية ويضفى عليها طابعا خاصا بها قائما بذاته • وعلى رأس هذا النظام القانونى الخاص بالعقود الادارية ، تبرز قاعدة أساسية جوهرية تسود قواعد تفسير العقود الادارية ، هى أن هذه العقود تقوم أولا وقبل كل شىء على فكرة المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد • فاذا ما دعت الحال الى الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ، فانه يجب أن يتجه الرأى الأول الى أن هذه النية ليست الا تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق • ومن هنا وصفت العلاقة بين طرفى العقد الادارى بأنها علاقة تعاضد وتساند ومعاونة لتنفيذ العقد على أحسن وجه ، بما ينبغى أن يتوافر فى الطرفين من أمانة وثقة واحترام للعهد المقطوع ووفاء بالالتزامات التى يفرضها العقد • ومتى كانت نية الطرفين تلتقى عند المصلحة العامة ، فانه ما لم تتعارض مصلحة أحدهما مع المصلحة العامة ، فانه لا محل للالتجاء الى تفسير العقد • أما حينما تتعارض مصلحة أحد الطرفين - وبعبارة أدق المصلحة الشخصية للمتعاقد مع الادارة - مع المصلحة العامة ، فانه ينبغى أن يكون التفسير الى جانب المصلحة العامة ، أى ضمان حسن سير المرفق بانتظام واطراد •

« ومن حيث ان القضاء الادارى فى صدد تفسير العقود الادارية يهتم اهتماما بالغا بروح العقد الادارى وطابعه الخاص ، فيطرح

من قواعد التفسير المقررة فى القانون الخـاص ما لا يتلائم معها ، ومن أجل ذلك فانه عند تفسير العقد الادارى يجب أن يكون مفهوما انه ليس لفكرة الاذعان نفس المعنى المعروفة به فى القانون الخاص ، ذلك أن القانون المدنى عندما تعرض لفكرة الاذعان فى العقود المدنية بالنسبة للعاقد المذعن ، فأقام لصالحه استثناءين من أحكام القواعد العامة للتفسير : الاستثناء الأول ـ ما نصت عليه المادة ١٤٩ من أنه « اذا تم العقـد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى المدعى منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » وفى هـذه الصـورة خـرج الشارع على الأصل المقـرر فى قواعد التفسـير من أن الحـاجة الى التفســير لا تعــرض متى كـانت عبارة العقد واضـحة ، ففى هذه الحـالة تطبق شروط التعاقد كما أفرغت ٠٠٠ خرج الشارع على هذا الأصـل فيما يتعلق بما يدرج فى عقود الاذعان من الشروط الجائرة ، فقرر الالتجاء الى التفسير بشأنها ولو كانت واضحة العبارة بينة السـياق ، وجعل مهمة القاضى أن يتثبت فى هذه الحالة مما اذا كان العاقد المذعن قد تنبه الى هـذه الشروط ، فاذا استوثق من تنبه هذا العاقد اليها تحتم عليه امضـاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات ٠

أما اذا تبين أن العـاقد المذعن لم يتنبه الى الشروط الجائرة ، فعلية أن يستبعدها وينزل على أحكام القواعد العامة ٠٠٠ وفى هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المدعى أكره على قبوله متى تنبه اليه هذا العاقـد وارتضاه ، لأنه لا يجوز أن يختلط الاذعان بالاكراه ، بل ان التوحيد بينهما أمـر ينبو بـه ما ينبغى للتعامل من أسـباب الاستقرار ٠ والاستثناء الثانى ـ ما نصـت عليه المـادة ١٥١ من أن « الشـك يفسر فى مصـلحة المـدين ، ومع ذلك لا يجـوز أن يكون تفسـير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن » ٠٠٠ فالقاعدة الأساسية فى القانون الخاص أنه اذا عرض ما يدعو

الى تفسير العقد وبقى الشك يكتنف ارادة المتعاقدين المشتركة رغم اعمال أحكام التفسير المقررة فى القانون المدنى ، فان هذا الشك يفسر فى مصلحة المدين دون الدائن · ومرد هذه القاعدة أن الأصل فى الذمة البراءة ، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود دينه باعتبار أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل ، فاذا بقى شك لم يوفق الدائن الى ازالته فمن حق المدين أن يفيد منه ، وبذلك يفسر الشك فى مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتيح زواله ، فاستثنى الشارع من حكم هذا الأصل عقود الاذعان وقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة المتعاقد المذعن ، دائنا كان أو مدينا ، لافتراض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى المتعاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يعرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بينة · فاذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته لأنه يعتبر متسببا فى هذا الغموض ··· وظاهر مما تقدم أن فكرة الاذعان عند رجال القانون المدنى اذ تستند فى احدى صورها الى وجود « شروط جائرة » فى العقد ، هذه الفكرة لا تتسق مع طبيعة العقود الادارية وما تتميز به من شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص · كما أن هذه الفكرة اذ تستند فى صورة أخرى الى « حماية الطرف الأضعف » فانها تقصد الشخص الذى تضطره الظروف الى القبول بدون مناقشة الايجاب الذى يعرض عليه ·· وهو ما لا ينطبق على القبول الذى يصدر ممن يريد التعاقد مع جهة الادارة ، اذ لا يمكن التسليم بأنه يوجد فى ظروف تضطره الى هذا القبول · كما أن جهة الادارة وهى تعرض شروطها على من يرغب فى التعاقد معها فانما تعرضها لتكون موضع الدراسة والتقدير ثم القبول المطلق أو القبول المشروط أو الرفض · ومن ثم فانه لا يجوز أن تتحمل وحدها تبعة غموضها ·· وعلى هدى ما تقدم يكون لفكرة الاذعان فى العقود الادارية معنى يختلف تماما عنها فى العقود المدنية ، وهو معنى خاص يقوم على أن العقود الادارية — من حيث الشكل — تأخذ شكل عقود الاذعان عندما تنفرد جهة الادارة بوضع شروطها سلفا وبدون أن يناقشها عند وضعها المتعاقد المنتظر ، وعلى

أن الاذعان فيهـا لا يعنى الا تدعيم مركز الجهـة الادارية المتعاقدة والزام المتعاقد معها بأن يقبل خضـوعه لقانونها ــ وهذا بالبداهة مشروط باحترام قاعدة حسـن النية التى تلتزم بها الجهة الادارية كما يلتزم بها المتعـاقد معها ــ وأن الشروط التى تنفرد بوضـعها الجهة الادارية ليست الا مرادفا لاعتبار أن للعقد طبيعة ادارية » ٠

وفى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٥٧ (السنة ١١ ، ص ٢٣٨) أوضـحت دور العرف فى تفسـير العقود الادارية حيث تقول ، بصدد كلمة « النور » الواردة فى عقد استغلال مقصف بمبنى حكومى : « وترى المحكمة ، وهى فى صدد تفسير هذا النص ، أن النية المشتركة للمتعاقدين فى تعامل طبيعته ، ووفقـا للعرف الجارى فى هذا النوع من المعاملات ، أن معنى كلمة « النور » فى هذا النص لا تنصرف الا الى الاضـاءة وحدهـا ، ولا يمكن أن تشـمل ما ذهب اليه المدعى من معنى التيار الكهربـائى ٠٠٠ ومن حيث أن نصوص التعاقد ، مفسرة بما تمليه طبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى مثل هذه الأحـوال ، تتجه كلها الى القطع بأن المقصـود بكلمة « النور » هو الاضاءة اذا استدعت مواعيد العمل فى المصلحة أن يقوم البوفيه بالعمل ليلا ٠٠ »

٥ ــ كمـا أن المحكمة الادارية العليا تردد فى أحكامها الحديثة ذات المبادىء ، ومن ذلك على سبيل المثال :

حكمهـا الصـادر فى ٢٠ مـايو سـنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١٠٧٠) وفيه تقرر : « من المتعين ــ فى تفسير العقود الادارية ــ البحث عن النية المشتركة للطرفين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، اذ العبرة بالارادة الحقيقية ، على أن تكـون هى الارادة المشتركـة للمتعاقدين ، الارادة الفرديـة لكـل منهما ٠٠٠ ومن العوامل التى يستهدى بها القضـاء للكشف عن هذه النية المشتركة ما يرجع الى طبيعة التعامل ، حيث يختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد ٠ ومن العوامل الموضوعية التى يسترشد بها القاضى ،

أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم ، وأن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا ٠٠٠ كذلك فان من العوامل الخارجية فى تفسير العقد الطريقة التى ينفذ بها ، وتكون متفقة مع ما يوجبه حسن النية فى تنفيذ العقود ، حيث لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ٠ ومن المسلم به أن قواعد التفسير المقررة فى القانون المدنى انما تقوم على حسن الفهم والادراك ، وأنها انما وضعت لتعين القاضى على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ٠ واذا كان هذا هو الشأن فى مجال القانون الخاص بقواعده المقننة ، فان القانون الادارى — وهو غير مقنن — أولى بان تسوده هذه الفكرة » ٠

— حكمها الصادر فى ديسمبر سنة ١٩٦٧ (س ١٣ ، ص ١٦٦) حيث تقول ، ان اعلان الادارة عن اجراءات مناقصة أو مزايدة أو ممارسة ، ليس الا دعوة الى التعاقد ، وأن التقدم بالعطاء — وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها — هو الايجاب الذى ينبغى أن يلتقى عنده قبول الادارة لينعقد العقد ٠ وأنه عند الخلاف ، يجب تفسير العقد « ٠٠٠ وتقصى الارادة المشتركة للطرفين فى ضوء عباراته ، والظروف التى اكتنفت ابرامه ، حتى يتبين ما اذا كانت هذه الارادة قد انصرفت الى ابرام العقد على أساس العينة وعلى أساس المواصفات أو أن الارادتين لم يلتقيا على شيء ٠ » ثم أوردت المحكمة تفصيلا مبادىء التفسير بما لا يخرج عما سبق ٠

— حكمها الصادر فى ١٧ مايو سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٦٩٦) وفيه أعملت مبدأ التفسير الضيق لعقد الصلح حيث تقول : « ان التفسير الضيق لعبارات الصلح يستوجب قصر التصالح على ما تنازل عنه المتصالح دون غيره ٠ واذا كان التنازل الوارد عن حقوق المدعى فى الراتب ، مختلفا فى موضوعه عن طلب التعويض عن

فصله من الخدمة ، فان هذا التنازل ـ بفرض صحته ـ لاينبغى تفسيره على أنه شامل للتعويض . ومن ثم يحق للورثة أن يطالبوا بالتعويض المشار اليه ، آخذا بقاعدة تفسير الصلح تفسيرا ضيقا » .

ـ حكمها الصادر فى ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ٢٢٢) وفى هذا الحكم كان المناقص قد اشترط أن يبدأ تاريخ التوريد من تاريخ الحصول على اذن الاستيراد وتحويل العملة ، فقبلت الادارة العرض على أن يبدأ التوريد من تاريخ الحصول على اذن الاستيراد . ولكن المحكمة الادارية العليا قررت ـ على أساس تفسير النية المشتركة للمتعاقدين ـ أنه « حيث يلزم تحويل عملة لا ستيراد أصناف ومهمات من الخارج ، فان التصريح بتحويل العملة يصبح جزءا مرتبطا باذن الاستيراد ويكمله ولا ينفك عنه . ومن ثم فان تعليق جريان الميعاد المحدد للتوريد من تاريخ الحصول على اذن الاستيراد يستتبع بحكم اللزوم تعليقه على الحصول على التصريح بتحويل العملة الى الخارج » .

على أنه يجب أن نذكر فى هذا الصدد بحكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢٣ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١١٠) حيث تقول : « ان الاستهداء فى تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعاقد ، وما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف التجارى فى المعاملات (المادة ١٥٠ مدنى) ليست بقاعدة ملزمة للمحكمة ، وانما تستأنس بها ، وهى فى حل من ألا تتبعها اذا رأت أن اتباعها غير ذى جدوى فى الوصول الى تعرف نية المتعاقدين » .

المبحث الثالث

اتصال العقـد الادارى بالمرفق العام وما يترتب على ذلك من آثار

١ ـ لقد رأينا فى القسم الأول من هذا المؤلف ـ وعند تصدينا لتحديد العناصر الأسـاسية التى تقوم عليها فكرة العقد الادارى ـ أن صلة العقد الذى تبرمه الادارة بالمرفق العام ، من بين الخصائص الأصيلة للعقود الادارية ، رغم محاولة جانب من الفقه الاضعاف من هـذه الفكرة • والحقيقة أن مقتضيات سـير المرافق العامة بانتظام واطـــراد «La règle de continuité et de règularité du service public » وقابلية تلك المرافق العامة للتغيير والتبديل فى كل وقت «La règle du mutabilité» هى وحدهـا التى أدت الى اسـتقلال فكـرة العقد الادارى عن نظيرتها المدنية •

٢ ـ والعقد الادارى ليس الا احدى وسـائل الادارة لضـمان سـير المرافق العامة • ومن ثم فانه من اللازم ألا ينظر الى العقـد الادارى باعتباره مصدرا لالتزامات تعاقدية فحسب ـ كما هو الشأن فى القـانون الخاص ـ بل يتعين أولا وقبـل كل شىء أن يوضـع فى الاعتبار أن العقـود الادارية تؤدى دورا هاما فى تسـيير المرافـق العامة بطريق مباشر أو غير مباشر • ءعبلىذ رىهلىت

هذا المعنى أبرزه المفوض (Corneille) فى تقريره المقدم فى قضية (Sté. d'éclairage de poissy) [1] والتى صـدر فيها حـكم المجلس فى ٨ فبراير سنة ١٩١٨ حيث يقول : « حينما يتصل العقدبسير المرافق العـامة ، فان الدولة لا تتعاقد كسـائر الأفراد • انها لا تسـتهدف تحقيق مصالح خاصة أو ذاتية كمصـالح الأفراد ، انها تتعاقد باسم الجماعة ، ولصـالح المستفيدين من المرافق العامة ، بقصـد تحقيق الصـالح العـام • ومن هنا يختلف موقف الدولة المتعاقدة فى هذا المجـال ،عن متعـاقدى القـانون الخـاص ، ومن ثم فـان قـواعد

---

(١) مجلة القانون العام سنة ١٩١٨ ، ص ٢٤٦ •

هذا القانون لا تنطبق عليها،وهذا ما يقضى به المنطق والقانون »[١]٠

ولهـذا فان المتعاقد هو فى حقيقته مساعد ومعاون للادارة فى تسيير المرفق العام الذى يتصل به عقده مع الادارة «un collaborateure du service public» [٢] وهـذا المعنى هو الذى حدا بنا الى التوكيد بأن دور النظـرية العامة للعقـود الادارية لا يتضـاءل فى ظـل الاشتراكية ، بل يزداد أهمية ٠ وتحرص المحكمة الادارية العليا على ابراز هـذا المعنى وتوكيده ، فهى — على سبيل المثال — فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٥٧٦) تقول ان « هدف المتعاقد مع الادارة هو المعاونة فى سبيل المصلحة العـامة ، وذلك بأن يؤدى التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل ، وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقـد من صعـوبات وما يصادفه من عقبات » ٠ وما تزال المحكمة تؤكد ذات المعنى فى أحكامها الحـديثة ومنها حكمها الصادر فى ١٩ ديسمبر سـنة ١٩٨١ (الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٢٤ قضائية) حيث تقول : « وتستمد الادارة امتيازاتهـا فى مجـال العقود الادارية لا من نصـوص هـذه العقـود الاداريـة ، ولـكن من طبيعـة المرفق العام ، واتصال العقود به ، ووجوب الحـرص على استمرار وانتظام سيره ، بما يحقق المصلحة العامة ، ولذلك فان الادارة تتمتع بهذه الامتيازات فى مجال العقود الادارية ولو لم ينص عليها فى تلك العقود ٠٠٠ » ٠

---

(١) «Dans tout contrat intéressant le fonctionnement même des services pablics, l'Etat ne contracte pas comme un simple particulier. Il ne cherche pas à gérer des intérêts individuels .Il contracte pour une collectivité, pour le public, pour les usagers du service public, pour l'intéret collectif et général. Et alors toutes les fois qu'il passe véritablement un marché de service public, il fait quelque chose l'autre ce que fait un contractant ordinaire un contractant du Code Civil ou du Code de Commerce, puisque il fait quelque chose d'autre que le contractant ordinaire, il ne faut pas appliquer à ce quelque chose les même règles qu'aux contrats de droit commun : c'est la logique et par suite c'est le droit».

(٢) فى التفاصيل راجع مقال الأستاذ فالين ، المنشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩٥١ ، ص ٥ بعنوان :

«L'évolution recente des rapports de l'Etat avc ses contractants».

٣ — ويترتب على المعنى السابق نتائج بالغة الخطورة ، ذلك أن الأساس الذى أوضحناه، هو وحده الذى يفسر لنا السلطات الخطيرة التى تتمتع بها الادارة فى مواجهة المتعاقد معها من ناحية ، وحقوق المتعاقد مع الادارة والتى لا نظير لها فى القانون الخاص من الناحية الأخرى ، وذلك على النحو التالى :

(أ) إن قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد هى التى تبرر سلطات الادارة الخطيرة فيما يتعلق بالاشراف على تنفيذ العقود الادارية · أما من ناحية الأفراد ، فان تلك القاعدة هى التى تفسر نظريات الظروف الطارئة ، وعمل الأمير ، والتوازن المالى للعقد ، والصعوبات المادية غير المتوقعة ، وعدم امكان المتعاقد الدفع بعدم التنفيذ ··· الخ بما سندرسه تفصيلا فيما بعد ·

(ب) وقاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل فى كل وقت بالاضافة الى القاعدة السابقة ، هى التى تفسر سلطات الادارة الخطيرة فيما يتعلق بتعديل التزامات المتعاقد معها دون حاجة للحصول على موافقته مقدما ، وفيما يختص بانها العقود الادارية ·

(جـ) صلة العقد بالمرافق العامة هى التى تبرر « الصبغة الشخصية » (L'intuitus personae) فى عقود الادارة مما سنرى أثره تفصيلا فيما بعد ·

(د) اذا كان المرجع الى نية الطرفين فيما يتعلق بتفسير العقد ، وتحديد التزامات كل من الطرفين — كما أوضحنا فيما سبق — فان ذلك انما يتم فى حدود مقتضيات سير المرافق العامة ، بحيث تعدل قواعد التفسير المتبعة فى القانون المدنى على هدى هذا المبدأ ، وهو ما سبق شرحه فى المبحث السابق ·

٤ — ولقد سبق أن أوضحنا فى القسم الأول من هذا المؤلف موقف القضاء الادارى المصرى فيما يتعلق باتصال العقد الادارى بالمرفق العام · ونكتفى هنا بأن نورد حكمين فى هذا الخصوص ،

يوضحان المسلك السابق ، أحدهما صادر من محكمة القضاء الادارى ، والآخر صادر من المحكمة الادارية العليا :

أولا : حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية وقد سبقت الاشارة اليه) حيث تقول : « ان العقود الادارية ·· تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد الادارى تسييره أو سد حاجته ، وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة ، ذلك بأنه اذا كان المتعاقدان فى العقود المدنية يستهدفان تحقيق نفع مادى ومصلحة شخصية ، فان الأمر فى العقود الادارية يختلف عن ذلك ، لأن جهة الادارة — وهى أحد طرفيه — لا تبغى مصلحة شخصية ، بل تتعاقد لمصلحة المجموع ، وهدفها المصلحة العامة ، وهى القوامة عليها ، والمختصة وحدها بتوجيهها وتحقيقها وتنظيمها ، فهى تتعاقد لتكفل حسن سير المرفق وانتظامه واستمراره ، وانجاز الأعمال والخدمات المطلوبة على وجه مرضى وفى المواعيد المقررة ، ولتحقيق ذلك تتمتع جهة الادارة فى العقود الادارية بحقوق وسلطات واسعة ··· » ·

ثانيا : حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٧ ، والذى يقول : « ان العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية ، بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطرفين فى العقود المدنية متوازنة ومتساوية ، اذ بها فى العقود الادارية غير مكافئة ، اذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة · وهذه الفكرة هى التى تحكم الروابط الناشئة عن العقد الادارى · ويترتب على ذلك أن للادارة سلطة ··· »[١]

---

(١) السنة الثانية ، ص ٩٣٧ ، ويلاحظ وحدة الأسلوب الذى تستعمله كل من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا ·

المبحث الرابع

امتداد آثار العقد الادارى الى غير المتعاقدين فى بعض الحالات

١ — لما كان العقد الادارى هو عقد بكل ما فى الكلمة من معانى ، فان نسبية آثار العقود «L'effet relatif des contrats» تطبق عليه • وهذا ما يؤكده مجلس الدولة الفرنسى باستمرار سواء فى أحكامه الحديثة أو القديمة على السواء ، ففى حكمه الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية «Fanvet» [1] يقول :

«Le sieur F. n'ayant pas été partie au marché, n'est pas recevable à saisir le Conseil d'Etat de conclusions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur a son égard».

٢ — واذن فالمبدأ المسلم به فى نطاق القانون الادارى هو أن آثار العقد تقتصر بصفة أساسية على الادارة والمتعاقد معها • ولكن ألا يمكن أن تمتد آثار العقود الادارية فى بعض الحالات الى غير المتعاقدين «les tiers» فترتب لهم حقوقا ، أو تفرض عليهم التزامات؟!

من الناحية العملية لاشك فى الاجابة بالايجاب • وسوف نرى أن العقود الادارية ترتب فى كثير من الحالات حقوقا والتزامات بالنسبة الى غير المتعاقدين • ولكن من الناحية النظرية المجردة ، هل يعتبر ذلك خروجا على قاعدة نسبية العقود الادارية ، أم يمكن تفسيره على ضوء قواعد تنسجم مع فكرة النسبية السابقة ؟! ذلك ما نرى ارجاء دراسته الى موضع آخر •

---

(١) المجموعة ص ٣٦٠ • وراجع حكمه الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ فى قضية : (Cie internationale du gaz) منشور فى مجموعة سيرى سنة ١٩٣٩ القسم الثالث ص ١ مع تعليق (A bet) • وفى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٧ قضية (Coste) المجموعة ص ٨٤٩ •

الباب الثاني

التزامات المتعاقد وسلطات الادارة فى مواجهته

يتجلى فى هذا الباب ــ والباب الذى يليه ــ أبرز خصائص العقود الادارية • وندرس فى فصلين متتاليين :

أولا : التزامات المتعاقد مع الادارة •

ثانيا : سلطات الادارة فى مواجهة المتعاقد معها •

الفصل الأول

التزامات المتعاقد مع الادارة

١ ـ يلتزم المتعـاقد مع الادارة ـ ككل طـرف فى عقـد ما ـ بـأن يوفى بالتزاماته التعـاقدية ووفقـا لشروط العقـد وحسب القـواعد العامة المقررة فى هـذا الصدد • ولا يكاد يختلف موقف المتعاقد فى العقود الادارية من هذه الناحية عن موقف غيره من سائر المتعاقدين ، اللهم الا فيما يتعلق بمدى تأثير تأخره فى التنفيذ على المرفق العام ، مما سنرى أثره بالتفصيل عند دراسة الجزاءات التى يمكن توقيعها على المتعـاقد المتأخر أو المقصر فى تنفيـذ التزاماته التعاقـدية • والتزامات المتعاقدين مع الادارة تختلف فى صـورها وأوضاعها باختلاف عقودهم مع الادارة • فقـد تنصب على توريد بضائع ، أو نقل انسان أو حيوان أو مواد ••• الخ ، أو المساهمة فى تسيير مرفق عام ، أو تقديم خدمات للادارة ، أو القيام بأشغال عامة •• الخ مما لا يمكن حصره • ولما كان المؤلف يستهـدف رسم الأسس العامة للعقود الادارية ـ كما هو واضح من تسميته ـ فاننا سنترك التفاصيل ، ونقف عند الأصول التى تصدق على كل عقـد ادارى أيا كانت طبيعته الذاتية •

٢ ـ ومصادر التزامات المتعاقد مع الادارة ، ترجع أولا وقبل كل شىء الى العقد الادارى بطبيعة الحال • ولكن هذا العقد ليس هو كل شىء فى مجال تحديد التزامات المتعاقد • وانما يمكن أن يتحمل المتعاقد مع الادارة ، بالتزامات أخرى ، يرجع مصدرها الى :

(أ) النصوص الآمرة فى القوانين واللوائح التى تحكم التعاقد • «Les dispositions impératives des lois et règlements» والتى لا يجوز للادارة أن تخرج على مقتضاها فى تعاقدها مع الأفراد ، وهناك أمثلة كثيرة بهذا الخصوص فى لائحة المناقصات والمزايدات • ولقد رأينا أن المحكمـة الادارية العليا تعتبر هذه النصوص جـزءا من العقد

الادارى حتى ولو لم يشر اليها صراحة ، ما لم تستبعد صراحة فى غير ما تعلق بالنظام العام • كما أن المادة ٤٠ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ قد نصت صراحة على أنه « يجب النص فى شروط العطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزءا مكملا لهذه الشروط يخضع لها العقد • »

(ب) العرف والعادات المرعية فى العقود ذات الصلة بالأوضاع التجارية كما هو الحال فى عقود التوريد مثلا ، اذ يرجع الى العادات التجارية المرعية فى هذه العقود لتكملة ما يكون بها من نقص فى الشروط[1] • ولقد رأينا ما للعرف والعادات من أثر فى تفسير العقود الادارية •

(جـ) ومن أهم المصادر التكميلية لالتزامات المتعاقد ، ما يرجع الى الأوامر التى تصدرها اليه الادارة «Les ordres de service» أثناء تنفيذه للعقد • وسوف نولى هذا الموضوع أهمية خاصة فيما بعد •

٣ — وبصرف النظر عن الطبيعة الخاصة لكل عقد ادارى ، يمكن رد التزامات المتعاقد مع الادارة الى ما يلى :

(أ) أن يقوم بالتنفيذ على مسئوليته الخاصة «exécuter les obligations à sa charge»

(ب) أن ينفذ التزاماته وفقا للشروط المحددة فى عقده وما يصاحبه من وثائق لا سيما دفاتر الشروط التى سبق أن أشرنا اليها •

(جـ) أن ينفذ التزاماته بطريقة سليمة ، وبعناية «d'une manière correcte et avec diligence»

(د) أن يلتزم مبدأ حسن النية «La bonne fois» فى التنفيذ •

(هـ) أن ينفذ التزاماته بنفسه • «en personne»

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٨ يوليو سنة ١٩٢٧ فى قضية «Les tiers» المجموعة ص ١٦٥ ، وقد طبق المجلس فيها احدى العادات المتعلقة بتجارة الصوف ، وفى ٢ يوليو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Galopin» مجلة القانون العام سنة ١٩٥٥ ص ٢٢٧ حيث طبق المجلس عادة تلتزمها الادارة •

(و) أن يحترم المدد المحددة للوفاء بالتزاماته ·

(ز) ألا يمتنع عن الوفاء بالتزاماته بحجة تقصير الادارة ، ما دام هذا الوفاء ممكنا · وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٥ يوليو سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٩٣٢) « لما كان العقد الادارى يتعلق بمرفق عام ، فلا يسوغ للمتعاقد مع الادارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة اجراءات ادارية قد أدت الى الاخلال بالتزاماتها قبله ، بل يتعين عليه ازاء هذه الاعتبارات أن يستمر فى التنفيذ ، ما دام ذلك فى استطاعته ، ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض » ·

وواضح من ذلك ، أنه لا جديد فيما يتعلق بالتزامات المتعاقد الا فيما يتعلق بالتزامه بالتنفيذ شخصيا · ومن ثم فاننا ندرس هذا الموضوع بشىء من التفصيل ·

التزام المتعاقد بالتنفيذ شخصيا

١ ــ رأينا أنه بالنظر الى صلة العقد الادارى الوثيقة بالمرفق العام ، فان الادارة تراعى اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها ، سواء من حيث الكفاية المالية ، أو المقدرة الفنية ، أو حسن السمعة ، أو الجنسية ··· الخ · ومن ثم فان الاعتبار الشخصى «L'intuitus personae» يوضع فى المقام الأول ، سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد ، أو تنفيذ العقد :

أما فيما يتعلق باختيار المتعاقد ، فلقد رأينا أن الادارة تملك سلطة تقديرية فى الامتناع عن التعاقد مع شخص لا ترتضيه ، حتى ولو اختارته لجنة البت ·

أما فيما يتعلق بالتنفيذ ، فان القضاء يجرى على أنه من المبادىء الأساسية أن يقوم المتعاقد بالتنفيذ بنفسه «principe de l'exécution personnelle»

٢ ــ ولما كان أساس القاعدة السابقة صلة العقد بالمرفق العام ،

فانه من المنطقى أن يرتبط تطبيقهـا بمدى صلة العقـد بالمرفق ، بحيث يتعين التزامها بغاية الصرامة كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام • ولهذا يذهب الفقيه جيز الى أن القضاء الادارى يلتزم تلك القـاعدة بغاية الصرامة فى مجال عقـود الامتياز ، نظـرا لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذى يتولى شئون ادارته[1] •

٣ ـ وهنا أيضا أتيح لمحكمة القضاء الادارى المصرية أن تبرز الصيغة الشخصية لالتزامات المتعاقد مع الادارة فى بعض أحكامها ، ومنها حكمها الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ (س١١ ، ص١٧٤) حيث تقول : « ومن حيث أن المحكمة ••• تلاحظ بادىء ذى بدء أن العقد المبرم بين المدعى والحكومة هو من العقـود الادارية التى تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ، ولو لم ينص عليها العقد، ومن هـذه القـواعد أن التزامات المتعـاقد مـع الادارة للتزامات شخصية «intuitus pesronae» أى أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه ••• » •

وقد نصت المادة ٣٦ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على أنه : « تحظر الوساطة فى التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للجهات الخاضـعة لأحكام هـذا القـانون ، ولا يسرى ذلك على المتعاقد مع تلك الجهات اذا كان مركزه فى الخارج ، وكان له وكيل معتمد فى مصر » •

٤ ـ والمهم فى قاعدة الالتزام الشخصى بالتنفيذ هو ما يترتب عليها من نتائج نعرض لها فى الحالات الآتية :

---

(١) مطوله فى العقود ، الجزء الأول ، ص ١٩٢ •
ولكن الفقيه دى لوبادير يتشكك فى ذلك ، ويرى أن القضاء لا يؤكد رأى الفقيه جيز على الأقل فيما يتعلق بأعمال القاعدة فى مجال تنفيذ العقود الادارية ، بمعنى أنه يرى أن القضاء يطبق قاعدة الالتزام الشخصى بالتنفيذ على جميع العقود دون أن يميز عقد الامتيـاز بأهمية خاصة ، مطوله فى العقود ، المرجع السابق ، الجـزء الثانى ، ص ١٠٤ •
ولكن الأساس الذى تقوم عليه القاعدة ، يؤكد رأى الفقيه جيز •

أولا : التعاقد من الباطن والنزول عن العقد ٠
ثانيا : موت المتعاقد ٠
ثالثا : افلاس المتعاقد أو اعساره ٠

١ ـ § التعاقد من الباطن والنزول عن العقد

١ ـ القاعدة المسلم بها فى هذا الخصوص أنه يمتنع على المتعاقد مع الادارة أن يحل غيره محله فى تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية (La cession) أو تنفيذ بعض هذه الالتزامات (Le sous traité) الا بموافقة الادارة مقدما (L'autorisation préalable)

٢ ـ وهذه القاعدة منصوص عليها تشريعيا فى مصر ، سواء فى اللائحة الملغاة (المادة ٨٣ معدلة) أو اللائحة الجديدة ٠ فالمادة ٧٥ منها تنص صراحة على أنه « لا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد االبنوك ، ويكتفى فى هذه الحالة بتصديق البنك ، ويبقى المتعهد أو المقاول مسئولا عن تنفيذ العقد ، ولا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون لجهة الادارة قبله من حقوق » ٠

كما أن محكمة القضاء الادارى ، فى حكمها الذى سبقت الاشارة اليه ، والصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ بعد أن أكدت مبدأ شخصية التزامات المتعاقد مع الادارة استطردت قائلة : « ٠٠٠ فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن الا بموافقة الادارة ، فاذا حصل التنازل عن العقد الادارى بدون موافقة الادارة، فان التنازل يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام ، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها فى العقد أو الغاؤه اعتبارا بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم ٠٠وكذلك الحال فى شأن التعاقد من الباطن اذ أنه ما لم توافق جهة الادارة على

التعاقد من الباطن فليس للتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التى ارتبط بها الى شخص آخر ... »[1] .

وتطبيقا لهذه المبادىء التى أعلنها هذا الحكم ، قضت محكمة القضاء الادارى المصرية بسلامة موقف الادارة اذ فسخت العقدالمبرم بينها وبين أحد الأفراد والذى يخوله حق استخراج الجبس من منطقة معينة ، حين ثبت للادارة أن المتعاقد قد تنازل عن عقده لاحدى الشركات ، وذلك بحكمها الصادر فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٧[2] .

كما أنها فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٦٩) تقرر « أن اقدام المدعى على التعاقد مع الجهة الادارية ، ثم تخليه فعلا عن التزامه وحقوقه للسيد .. المحروم من دخول مناقصات الوزارة ، يعد من قبيل الغش والتلاعب فى نطاق العقد الادارى على الاطلاق .. مما يفسخ به العقد تلقائيا بغير انذار ومما يبرر حرمان المدعى من دخول المناقصات » .

٣ ــ ولكن يجب التمييز بين التنازل عن العقد كليا أو جزئيا ، وبين الاتفاقات التى قد يبرمها المتعاقد بقصد تسهيل مهمته فى تنفيذ التزاماته التعاقدية ، سواء فيما يتعلق بحصوله على الموارد المالية ، أو المعونة الفنية ، أو شراء الأصناف المطلوب توريدها .. الخ . فهذا النوع الثانى من التعاقد جائز كقاعد عامة[3] ، تفريعا على حرية المتعاقد فى اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته . ولا يحد من هذا المبدأ الا ما قد يرد فى العقد صراحة من ضرورة الحصول على أصناف معينة أو من شركات معينة ... الخ أو ما قد يرد فى اللوائح والقوانين بهذا الصدد،كتحريم التعامل مع اسرائيل قديماأو الاستعانة

---

(١) أكدت هذه المبادىء المحكمة الادارية العليا بحكمها الصادر فى ١٩٦٣/١٢/٢٨ القضية رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق .

(٢) القضية رقم ١٩٨ لسنة ١١ قضائية ، السيد حامد ابراهيم الشيخ ضد وزير الصناعة ومدير عام مصلحة المناجم والمحاجر .

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية «Lorenzo» المجموعة ص ٣١٤ .

بشركات تتعامل مع اسرائيل قبل الغاء هـذا الحظر كما ذكرنا فيما سلف . وهذا المعنى أبرزته محكمة القضاء الادارى أيضا فى حكمها الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ ـ والذى أشرنا اليه فيما سبق ـ حيث تقول : « ... والتحريم هنا لا ينصرف الى حالة حصول المتعاقد على الاشياء والمواد الاولية اللازمة لتنفيذ عقده مع الغير أو اتفاقه مع بعـض رجال المال فى شأن تمويل العمليـة ، اذ أن مثل هـذه التصرفات جائزة الا اذا نص العقد صراحة على تحـريمها ، وانما يحرم على المتعـاقد أن يحل غيره محـله فى تنفيـذ الالتزامات التى ارتبط بها ... » .

كما أنه من المنطـقى أن يستعين المتعـاقد بمعاونين اذا كانت طبائع الأمور والعرف تتطلب ذلك . وقد أشارت المحكمة الادارية العليا الى هذا المعنى فى حكمها الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٩٦٦ (س ١٦ ص ٦٥٨ وأعادت تأكيد ذات المبدأ فى حكمها الصادر فى ١٦ يناير سـنة ١٩٧١ ، س ١٦ ، ص ١٥١) حيث كان أحد متعهدى الألبان يستعين ببعض المندوبين فى المحافظات الأخـرى ، فقالت المحكمة : « ... لا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلى بتنفيـذ التزاماته وحـده ، من غير الاستعانة بمجهودات غيره فى أعمـال التنفيـذ ، والا وضع أمام استحالة مطلقة . وأنه بالبناء على ما تقـدم ، واذ جرى العرف على السماح بهذه الاستعانة فى الحدود المقررة والجائزة فى العقود الادارية .. » .

٤ ـ ويترتب على مخالفة المتعـاقد للحكم السابق نتائج هامة ، يمكن اجمالها فيما يلى :

أولا : ان التعاقد من الباطن أو التنازل بغير موافقـة الادارة ، لا يمكن أن يحتج به فى مواجهة الادارة (inopposable à l'administration) فـلا يكون بين المتنازل اليه (Le cessionnaire) أو المتعاقد من الباطن (Le sous traitant) وبين الادارة أى علاقة[١] ، ويبقى المتعاقد الأصلى

(١) حكم المجلس فى ٩ يوليو فى قضية «Sté. élect, de la vallée d'Auge» المجموعة ص ٦٥٦ .

مسئولا فى مواجهة الادارة كما لو كان التنازل أو التعاقد من الباطن غير قائم[١] .

وهذا الحكم قررته كما رأينا المادة ٨٣ من اللائحة الملغاة والمادة ٧٥ من اللائحة الجديدة وقد سبق أن أوردنا نص هذه المادة الأخيرة .

والمسلم به وفقاً للقواعد العامة ـ وهو ما يأخذ به مجلس الدولة الفرنسى ـ أنه لا علاقة تعاقدية البتة بين الادارة وبين المتنازل اليه أو المتعاقد من الباطن اذا لم توافق الادارة مقدما على التنازل أو التعاقد من الباطن . ومن ثم فليس للمتنازل اليه أو المتعاقد من الباطن بدون موافقة الادارة أن يرجع على الادارة بأى حقوق تعاقدية[٢] ، وان كان له أن يرجع عليها على أساس آخر ، لا سيما فكرة الاثراء بلا سبب . كما أنه يستطيع كدائن للمتعاقد الأصلى أن يطالب الادارة بحقوق مدينه وفقا للقواعد المقررة فى هذا الخصوص[٣] .

وللادارة فى جميع الحالات ألا تمكن المتنازل اليه أو المتعاقد من الباطن من المساهمة فى تنفيذ العقد .

ثانيا : ان تنازل المتعاقد عن عقده أو تعاقده من الباطن بخصوص التزاماته التعاقدية ، يكون خطأ فى تنفيذ العقد (Une faute contractuelle) وهذا الخطأ يبرر ـ فى نظر مجلس الدولة الفرنسى ـ توقيع أقسى العقوبات ، ونعنى به فسخ العقد على مسئولية لمتعاقد (La résiliation aux torts et griefs du cocontractant) وذلك سواء نص على هذا

---

(١) حكم المجلس فى ٥ يناير سنة ١٩٥١ فى قضية «Commune de Lesparron» المجموعة ص ٣ .

(٢) حكم المجلس فى ٩ يوليو سنة ١٩٢٤ فى قضية «Cie Continental du gaz» المجموعة ص ٦٥٧ .

(٣) حكم المجلس فى ١٦ يناير سنة ١٩٣١ فى قضية «Bonniol» مجموعة سيرى سنة ١٩٣١ ، القسم الثالث ص ٥٧ مع تعليق لستر . ومنشور أيضا فى مجموعة دالوز سنة ١٩٣١ ، القسم الثالث ص ٩ مع تعليق «Blaevoet» وراجع حكمه الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية «Fauvet» المجموعة ص ٣٦٥ .

الجزاء فى العقــد أو لم ينص[1] ولقد ســبق أن رأينا أن محــكمة القضاء الادارى المصرية قد أقرت هذه القواعد فى أحكامها الصادرة فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ وفى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٧ وفى ٣٠ يونية سنة ١٩٦٠ وقد سبقت الاشارة اليها ٠

٥ ـ وللادارة أن توافق على رغبة المتعــاقد معها فى النزول عن عقده أو فى التعاقد بخصوصه من الباطن ٠ وهذا ما كانت تنص عليه صراحة المادة ٨٣ من لائحة المناقصات والمزايدات ٠ وكل ما تتطلبه المادة السابقة هو « ٠٠ موافقة الجهة المتعاقدة كتابة ، ويجب أن يكون مصدقا على التوقيعات الواردة به من مكتب التوثيق المختص » ٠ وهذا القيد يسرى بطبيعة الحال على جميع العقود التى تخضع للقانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ٠ أما فيا عــداها فتطبق قاعدة تحرر الادارة من الشكليات فيما يتعلق بالتعبير عن ارادتها ، وبالتالى لها أن توافق على التنازل أو التعاقد من الباطن فى أى شكل تشاء[2] ٠ بل ان محكمة القضاء الادارى المصرية قد أقرت هذه القواعد فى أحكامها الصادرة عقد المقاولة تكفى فيه الموافقة الضمنية ، وأن جريان المكاتبات بين الادارة وبين المتنــازل اليــه يعتبر قبولا ضمنيا للتنــازل ، فشرط الحصــول على القبول الكتابى انما شرع رعاية للمصلحة المتعــاقدة وليس للمقاول ، فــان هى تنازلت عنه فلا جناح عليهــا فى ذلك ٠

(القضية رقم ٧٨ لسنة ١٣ قضائية) ٠

والقاعدة المسلم بها ، أن السلطة التى تملك الموافقة على التنازل

---

(١) حكم المجلس فى ٢ يناير سنة ١٩٠٥ فى قضية «Cie départ. des eaux» منشور فى مجموعة سيرى سنة ١٩٠٧ القسم الثالث ص ٣٩ مع تعليق «Romieu» وحكمه فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية «Monnot» المجموعة ص ١١٢٤ ٠

(٢) أما فى فرنســا ، حيث لا يوجد نص عام يقابل نص المــادة ٨٣ من لائحة المناقصات والمزايدات ، فان موافقة الادارة عن التنازل أو التعاقد من الباطن تتم دون التقيد بشكلية معينة ، بل قد تستنتج الموافقة ضمنا ، كما فى حكم المجلس الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Commune de Pointe-à-Pitre» المجموعة ص ٣٢ ٠ وفى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٧ فى قضية «Min. fin. et Chovin» المجموعة ص ٨٦٧ ٠

أو التعاقد من الباطن ، هى السلطة التى تملك ابرام العقد الأصلى[1] ·
وهذا ــ بطبيعة الحال ــ ما لم ينص المشرع على غير ذلك ·

ومع هذا فلقد رأينا فيما سبق أن المادة ٧٥ من اللائحة الجديدة لم تتضمن الاستثناء الذى كان مقررا فى المادة ٨٣ من اللائحة الملغاة · فالمادة الجديدة قد قصرت التنازل على المبالغ المستحقة للمتعهد أو المقاول ، كلها أو بعضها ، ولكن المادة قصرت التنازل على البنوك بشرط تصديق البنك المتنازل اليه ولا اجتهاد مع النص ·

٦ ــ ولكن ما مدى حرية الادارة فى رفض الموافقة على تنازل المتعاقد عن عقده أو التعاقد بخصوصه من الباطن فى الحالات التى يجوز فيها ذلك ؟ ان المتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، يجد أحكاما كثيرة فيما يتعلق بعقد الامتياز ، وهو العقد الذى تبرز فيه الصبغة الشخصية لالتزامات المتعاقد بروزا ملموسا كما رأينا · ويتضح من هذه الأحكام ، المبادىء الآتية :

أولا : أن الملتزم اذا تقدم الى الادارة بطلب الموافقة على التنازل عن عقده أو التعاقد بخصوصه من الباطن ، فيجب على الادارة أن ترد عليه فى ميعاد مناسب «Un delai raisonable» ومن ثم فانه لايجديها نفعا أن تلزم جانب الصمت ، واذا فعلت عرضت نفسها للمسئولية[2] ·

ثانيا : لا تستطيع الادارة أن ترفض الموافقة لمجرد الرفض ، بل يجب أن تستند فى رفضها الى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام ، ومثال ذلك ضعف الكفالة المالية أو الفنية للمتعاقد الجديد
«L'incapacité technique ou financière du concessionnaire»

فاذا كانت الأسباب التى تذرعت بها الادارة غير وجيهة ، فان المتعاقد يستطيع أن يحصل من قاضى العقد على حكم بالغاء القرار

---

(١) «L'autorité qualifiée pour conclure le marché»
حكم المجلس الصادر فى ٩ يوليو سنة ١٩٢٤ فى قضية «Sté. le secteur electrique» المجموعة ص ٦٥٦ ·

(٢) حكم المجلس فى ١٩ فبراير سنة ١٩٣٢ فى قضية «Melon» المجموعة ص ٢٠٦ وفى ٦ فبراير سنة ١٩٤٦ فى قضية «Deffarges» المجموعة ص ٤١ ·

الصادر برفض الموافقة[1] . كما له أن يطلب فسخ العقد لخطأ الادارة[2] . أو الحكم بتعويض الأضرار التى تلحقة من جراء هذا الرفض[3] . واذا كانت أحكام المجلس ليست بهذه الكثرة أو الوضوح فى مجالات العقود الادارية الأخرى ، فلا شك لدينا فى أن المبادىء السابقة تسرى عليها أيضا ، واذا كانت التطبيقات العملية قليلة فذلك لأن الصبغة الشخصية لالتزامات المتعاقد فى تلك العقود أقل ظهورا منها فى حالة عقود الامتياز . وأقصى ما يمكن أن يوصف به حق الادارة فى رفض التنازل الكلى أو الجزئى عن العقد ، أنه يندرج فى باب السلطات التقديرية للادارة ، والسلطة التقديرية مشروطه بحسن استعمالها ، ومقيدة باستهداف الصالح العام دائما .

٧ ــ واذا وافقت الادارة على التنازل الكلى أو الجزئى عن العقد ، ترتب على موافقتها آثار هامة . ولكن القضاء يفرق بين الحالتين على النحو التالى :

أولا : التنازل الكلى عن العقد (La cession) يترتب على موافقة الادارة على حلول المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصلى فى التزاماته فى مواجهة الادارة . وبالتالى تنشأ بين الادارة وبين الحال علاقة تعاقدية مباشرة ، بل يعتبر الحال هو المسئول الوحيد أمام الادارة ما لم ينص على غير ذلك . ومن ثم يتحرر المتعاقد الأصلى من التزاماته[4] ، وان كانت معظم العقود الادارية فى فرنسا تجرى

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٤٤ فى قضية «Commune de Balaguère» المجموعة ص ٨٠ وفى أول يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Cie gudeeloupéenne» المجموعة ص ٢٦٤ .

(٢) حكم المجلس فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٨ فى قضية «Waillaume» .

(٣) حكم المجلس فى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٢ فى قضية «Dame Vue Bastit» المجموعة ص ٩٢ .

وراجع مذكرة الفقيه «Alibert» عن حكم المجلس الصادر فى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٥ فى قضية «Sté rurale de distribution électrique» مجموعة سيرى ، سنة ١٩٣٥ ، القسم الثالث ، ص ١:٢١ .

(٤) حكم المجلس فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ فى قضية «Ville d'Elbeuf» المجموعة ص ١٠١٥ .

على النص على بقاء الملتزم الأصلى ضامنا للمتعاقد الجديد ، وهــذا هو ما قضت به المــادة ٨٣ من لائحة المناقصــات والمزايدات الملغاة حيث تقول : « ويبقى المتعهد أو المقــاول مسئولا بطريق التضامن مع المتنازل اليه عن تنفيذ العقد » ·

ثانيا : التعــاقد من البــاطن (Les sous-traités) تختلف الآثــار القانونية فى هذه الحالة عنها فى الحالة السابقة ، فهنا تبقى العلاقة التعــاقدية كاملة بين المتعــاقد الأصــلى والادارة ، بحيث لا يصبح المتعاقد من الباطن طرفا فى العقد ، بل وجرى مجلس الدولة الفرنسى حتى سنة ١٩٥٣ على انكار كل علاقة تعاقدية بين المتعاقد مل الباطن وبين الادارة · وفى التاريخ السابق صدر مرسوم (فى ١١ مايو) بتنظيم طريقة مباشرة بين المتعاقد من الباطن وبين الادارة بقصــد تنــظيم دفع الثمن ، وذلك فى عقــود الدولة ، والمؤسسات العــامة القومية التى لاتخضع للقواعد التجارية ·

وهكذا لا يرتب مجلس الدولة الفرنسى على موافقة الادارة على التعاقد من الباطن الا نتيجة هامة واحدة ، وهى أن تلك الموافقــة تجعــل التعاقد من البــاطن مشروعا · ومن ثم لا تستطيــع الادارة أن تتنكر له بعد ذلك ، والا ارتكبت خطأ تعاقديا يوجب مسئوليتها بالتعويض أمام المتعاقد الأصلى[1] ·

ومن ثم يمكن القول بأن المتعاقد الأصلى هو المســئول الوحيــد أمام الادارة ، ترجع عليه فى حالة التقصير ، وله وحــده المطالبــة بالحقوق المتولدة عن العقد ، ولا علاقة بين المتعاقد من الباطن وبين الادارة مباشرة الا ما يرد به نص صريح فى القوانين أو اللوائح[2] ·

---

(١) حكم المجلس فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ فى قضية «Ville de Toulouse» المجموعة ص ٦٤١ · وفى ١٨ يناير سنة ١٩٤٦ فى قضية «Sté anonyme des étab. Christiani»

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢١ يونيو سنة ١٩٢٩ فى قضية «Sté. française de matérieux» المجموعة ص ٢١ ·

٢ ـ § موت المتعاقد أو افلاسه أو اعساره

١ ـ فى حالة موت المتعاقد ، يرجع مجلس الدولة الفرنسى عادة الى شروط العقد ، والى دفاتر الشروط لترتيب الآثار التى تتولد عن هذه الواقعة • فاذا لم يرد فيها شىء بهذا الخصوص ، فان الفقه يرجح حق الادارة فى فسخ العقد ، والتزام الورثة بالاستمرار فى تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفى اذا لم تر الادارة فسخ العقد[١] •

ونظرا الى العلاقة الوثيقة التى تربط بين الملتزم فى عقود الالتزام وبين ادارة المرفق العام ، فقد ذهب الفقيه جيز الى أن موت الملتزم فى عقود امتياز المرافق العامة يؤدى الى فسخ العقد بقوة القانون (La résiliation de droit) [٢] •

ولكن الفقيه دى لو بادير يرى أن القضاء لا يؤيد الاستنتاج الذى قال به الفقيه جيز ، ويستدل على ذلك بأحكام لمجلس الدولة الفرنسى ، جاء فيها أن مهمة المجلس تنحصر فى التوفيق على قدر الامكان بين مقتضيات سير المرافق العامة ، وبين الحقوق التى يستمدها الورثة من المتوفى[٣] • واستنتج من تلك الأحكام ، أن موت الملتزم فى عقد الامتياز يترتب عليه النتائج التالية :

(أ) لا ينفسخ العقد بقوة القانون لمجرد موت الملتزم •

(ب) يؤول الالتزام الى الورثة دون حاجة لموافقة الادارة الا اذا نص العقد على غير ذلك • واستند فى هذه النتيجة الخطيرة الى ثلاثة

---

(١) مؤلف جيز فى العقود ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٢٠٧ ، ومؤلف دى لوبادير ، المرجع السابق الجزء الثانى ، ص ١١٢ ـ ١١٨ •

(٢) الفقيه جيز ، المرجع المشار اليه فى الهامش السابق ، ص ٢٠٨ •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٥ يوليو سنة ١٩٣٥ فى قضية «Commune de Reuilly» منشور فى مجموعة سيرى سنة ١٩٣٥ ، القسم الثالث ص ١٢١ مع تعليق «Alibert» وقد جاء فى الحكم قول المجلس :

« concilier les necessités du service public avec les droits que les héritiers tiennent de leur auteur».

وأحكامه الصادرة فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية (Ville d'Alger) المجموعة ص ١٠٨٣ وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية (Nuncio) المجموعة ص

أحكام لمجلس الدولة الفرنسى صـادرة فى ٣ أبريل سنة ١٩٢٥ فى قضية (Ville de Mascara) (مجموعة ليبون ص ٣٨٢) وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية (Ville d'Alger)(مجموعة ليبون ص ١٠٣٨) وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية (Nuncie)(مجموعة ليبون ص ٢٣١) .

(جـ) فى حالة تضمين عقد الامتياز شرطا يقضى بضرورة موافقة الادارة على حلول الورثة محل مورثهم فى تنفيذ عقد الامتياز ، فان سلطة الادارة فى هذه الحالة تغدو من قبيل سلطتها فى حالة الموافقة على التنازل عن العقد أو التعاقد بخصوصه من الباطن ، على النحو الذى سبق توضيحه[1] .

٢ — أما فى مصر ، فقد حسم المشرع الموضوع سواء فى اللائحة القديمة (المادة ٨٦) أو فى اللائحة الجديدة . فالمادة ٧ من اللائحة الجديدة تنص صراحة على أنه « اذا توفى المتعهد أو المقاول جاز لجهة الادارة فسخ العقد مع رد التأمين ، أو السماح للورثة بالاستمرار فى تنفيذ العقـد بشرط أن يعينـوا عنهم وكيلا بتوكيل مصـدق على التوقيعات فيه ، ويوافق عليه رئيس الادارة المركزية المختص .

واذا كان العقـد مبرما مع أكثر من متعهد أو مقـاول وتوفى أحدهم ، فيكون لجهة الادارة الحق فى أنهاء العقد مع رد التأمين ، أو مطالبة باقى المتعهدين بالاستمرار فى تنفيذ العقد .

ويحصل الانهاء فى جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة الى اتخاذ أية اجـراءات أخرى أو الالتجاء الى القضاء » .

والأحكام الواردة فى المادتين السابقتين تتفق مع القواعد التى أشار اليها الأستاذ دى لوبادير . فالموت بذاته لا ينهى العقـد بقوة القانون ، ولكنه يخول الادارة الخيار بين فسخه ، وبين السماح للورثة بالاستمرار فى التنفيذ . كما أن المشرع المصرى واجه حالة جديدة وهى حالة تعدد المتعاقدين وموت أحدهم أو بعضهم ، وقد أجرى عليها الحكم الخاص بالورثة .

(١) مؤلفه فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ١١٨ و ١١٩ .

٣ — ومما يتصل بالحالة السابقة ، حالة انحلال الشركة المتعاقدة (La dissolution de la société) والأمر هنا فى غاية البساطة ، اذ يؤدى انحلال الشركة الى انهاء العقد ، لأن الشركة ، وهى شخص معنوى مجازى ، لا ورثة لها • ولكن العقد لا ينتهى الا بعد اتمام اجراءات الحل نهائيا • أما فى فترة التصفية ، فان الشركة تظل قائمة قانونا وبالتالى يكون عليها — ولها — الاستمرار فى تنفيذ العقد ، بل وليس للادارة أن تستند الى مجرد حالة التصفية لانهاء العقد[١] • ويختلف الأمر اذا نص فى العقد على غير ذلك •

٤ — وفى حالة افلاس المتعاقد أو اعساره ، يرجع مجلس الدولة الفرنسى هنا أيضا الى شروط العقد لمعرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار العقد ، ويعمل تلك الشروط • فاذا لم يجد فيها حلا ، فانه يطبق القاعدة التى بمقتضاها لا يؤدى الافلاس أو الاعسار بذاته الى انهاء العقد ، وانما يكون للادارة فى هذه الحالة أن تفسخ العقد اذا رأت أن الصالح العام يقضى ذلك[٢] ، وهنا أيضا حسمت لائحة المناقصات والمزايدات القديمة هذا الموضوع فى المادة ٨٥ منها • وقد نقل المشرع هذا الحكم الى صلب القانون فى المادة ٢٧ منه والتى تنص على أن « يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائى فى الحالات الاتية : •••

٣ — اذا أفلس المتعاقد أو أعسر ••• » •

فالافلاس أو الاعسار لا يؤدى بذاته الى انهاء العقد بقوة القانون ، ولكنه يكون سببا فى تمكين الادارة من الفسخ • ولكن المادة لم تترك للادارة حرية الاختيار ، بل جعلت الفسخ اجباريا فى الحالة السابقة •

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩٤٠ فى قضية (Nussbaumer) المجموعة ص ١٦٥ ، وفى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ فى قضية (Touchevieux) المجموعة ص ١١٣٨ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ مارس سنة ١٩٠٢ فى قضية (Chambon) المجموعة ص ٢٤٤ وفى ١٨ أبريل سنة ١٩١٧ في قضية (Labat) المجموعة ص ٣١٧ •

الفصل الثانى

سلطات الادارة فى مواجهة المتعاقد معها

١ ـ تتمتع الادارة ـ كطرف فى العقد الادارى ـ بسلطات لا مقابل لها فى القانون الخاص . ولقد رأينا أن مناط هذه السلطات ـ التى لا يمكن أن يتمتع بها الأفراد ـ مقتضيات سير المرافق العامة ، وتحقيق الصالح العام . ويمكن رد سلطات الادارة فى هذا الخصوص الى مظاهر أربعة هى :

أولا ـ حقها فى الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ التزامه .

ثانيا ـ حقها فى تعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو الزيادة .

ثالثا ـ حقها فى توقيع جزاءات منوعة على المتعاقد اذا أخل بالتزاماته .

رابعا ـ حقها فى انهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد .

أما المظهر الأخير لسلطات الادارة فاننا نرى ارجاء دراسته الى القسم الرابع والأخير من هذا المؤلف ، والمخصص لدراسة نهاية العقود الادارية . وأما المظاهر الثلاثة الأخرى ، فاننا ندرسها على التوالى فى المباحث القادمة .

٢ ـ وتحرص محكمة القضاء الادارى المصرية فى معظم أحكامها الصادرة بهذا الخصوص ـ سواء القديم منها أو الحديث ـ على ابراز مظاهر تلك السلطات . ونكتفى هنا ـ على سبيل المثال ـ بحكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٢ لسنة ٧ قضائية) والذى تقول فيه ، بعد أن أبرزت خصائص العقد الادارى ، وفقا للمبادىء المقررة فى القانون الادارى « ... وهذا القانون .. يعطى جهة الادارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد . وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها اذا أخل بالتزاماته ، ثم سلطة تعديل العقد

من جانبها وحدها، بل ان لها حق انهاء العقد اذا رأت ـ حسب مقتضيات المصلحة العامة ـ أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري • وهي تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد ، لأنها تتعلق بالنظام العام ، وهذا كله دون أن يحتج عليها بقاعدة قوة العقد الملزمة أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين بالمعنى المفهوم من ذلك في القانون المدني • ومن هذا يبدو واضحا أن كفتي المتعاقدين في العقود الادارية غير متكافئة على خلاف الأمر في العقود المدنية حيث يكون التعاقد ثمرة مناقشة حرة بين الطرفين ، وحيث تنضبط حقوق الطرفين ، والتزاماتهما بما تنتهي اليه هذه المناقشة • وعلة ذلك هو تباين الأهداف عند كل من طرفي العقد الاداري •• » •

وهو ما تؤكده المحكمة الادارية العليا أيضا ، ومن أحكامها المعبرة في هذا الصدد حكمها الصادر في ٢ مارس سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٦٢٥) فبعد أن أبرزت صلة العقود الادارية بالمرافق العامة ، ومقتضيات هذه الصلة ، استطردت تقول : « •• ويترتب على ذلك أن للادارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الادارية ، ولها دائما حق تغيير شروط العقد واضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، كما يترتب عليها كذلك أن للادارة سلطة انهاء العقد اذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام ، ولا يكون للطرف الآخر الا الحق في التعويض ان كان له حق ، وذلك كله على خلاف الأصل في العقود المدنية •• » •

ولم تبق هذه المبادىء نظرية ، بل طبقتها الادارة ، وطرحت على القضاء الاداري حالات عديدة وأعمل فيها المبادىء السابقة كما سنرى فيما بعد •

٣ ـ واذا كانت العقود الادارية نادرا ما تخلو من مظاهر سلطات الادارة السابقة ، وكانت القوانين واللوائح تنص على تلك المظاهر باستمرار ، فان المسلم به أن طبيعة العقد الاداري ، واتصاله بالصالح

العام ، يجعل من تلك المظـاهر حقا أصيلا للادارة ، تتمتع بها دون حاجة الى النص على ذلك في العقـد • ويترتب على هـذه القـاعدة الأصلية نتائج بالغة الخطورة منها :

(أ) أن عدم النص على أى مظهر من تلك المظـاهر لا يعنى أن الادارة لا تستطيع أن تمارس تلك الحقوق ، لأن مرجع حق الادارة فى ذلك الى طبيعة العقد • فاذا كان العقـد اداريا كان للادارة أن تمارس من الحقوق السابقة بقدر ما تدعو اليه الحاجة ، ذلك أن تلك الحقوق كمـا ذكرنا تستمدها الادارة لا من اتفاق الطرفين عليهـا صراحة أو ضمنا ، ولكن من مبادىء القانون الادارى مباشرة • ولهذا كان النص على تلك المظاهر فى العقد من الأدلة القاطعة على طبيعة العقد الادارية كما ذكرنا •

(ب) اذا تضمن العقد المبرم بين الادارة والأفراد النص على بعض مظاهر تلك السلطـات دون بعضها الآخر ، فان للادارة أن تستعمل السلطـات المنصـوص عليها والتى لم ينص عليهـا أيضا للأسباب السابقة •

(جـ) لا تستطيـع الادارة أن تتفق فى عقـد تبرمه بينها وبين الأفراد على التنازل عن استعمال تلك الحقوق بعضها أو كلها ، ولا حتى على تقييد حقها فى استعمال تلك السلطات ، لأن تلك السلطات تتعلق باختصاصات الادارة التى لا يمكن أن تكون محل تعاقد أو تصـالح بينها وبين الأفـراد ، وكل اتفـاق يتم على خـلاف ذلك فهو باطل لا يعتد به •

وتلك الأحكام مستقرة فى قضاء كل من مجلسى الدولة المصرى والفرنسى كما سنرى فيما بعد •

المبحث الأول

حق الرقابة «Les pouvoirs de contrôle»

١ – قد يقصد بحق الرقابة على المتعاقد المعنى الضيق ، والذى ينحصر فى التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه • ووفقا لهذا المعنى الضيق «Stricto Sensu» يكون حق الرقابة مرادفا لمعنى الاشراف «contrôle, surveillance» ولا جدال فى هذا الحق الذى نجد مرادفا له حتى فى عقود القانون الخاص • وتمارس الادارة هذا الحق عادة عن طريق ايفاد بعض مهندسيها لزيارة مواقع العمل ، والتأكد من سيره وفقا للمواعيد المحددة ، ولفحص المواد المستعملة للاطمئنان الى جودة نوعها ، والى أن كل شىء يسير وفقا لمقتضيات الصالح العام • ويكون تدخل الادارة هنا فى الحقيقة ممهداً لتسلم العمل عند اتمامه ، فهو مكمل لرقابة الفحص اللاحقة عند التسلم «La reception»

٢ – ولكن حق الرقابة يتجاوز المعنى الضيق السابق ، ويسمح للادارة بأن تتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به ، فى حالة ما اذا استعملت الادارة حق الرقابة للتدخل فى أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض الأوضاع (Le choix des modalités d'exécution» وذلك فى الحالات غير المنصوص عليها صراحة فى العقد ، لأن حق الرقابة غير حق التعديل الذى سوف نعرض لدراسته فيما بعد • ومن ذلك مثلا أن تتدخل الادارة وتطلب استعمال طريقة فى التنفيذ غير تلك التى يلجأ اليها المتعهد ، وهنا تصبح الرقابة بمثابة توجيه المتعاقد «ponvoir de direction»

٣ – ويلاحظ أن العقود الادارية فى فرنسا تتناول بالشرح مدى سلطة الادارة فى التدخل فى أوضاع تنفيذ العقد • وكذلك قد ينص على مدى سلطات الادارة فى بعض القوانين واللوائح التى تنظم الموضوع ، وحينئذ لا صعوبة فى الأمر ، اذ تنفذ الشروط الواردة فى العقود أو النصوص التشريعية •

وقد وردت الاشارة الى هذا الحق فى المادة ٨٨ من اللائحة الملغاه ، وفى المادة ٧٧ من اللائحة الجديدة ، والتى تنص على أن المقاول « يكون مسئولا عن حفظ النظام بموقع العمل ، وتنفيذ أوامر جهة الادارة ، بابعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط ٠ ويلتزم المقاول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو الحوادث أو الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد ٠ وتعتبر مسئوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة ٠ وفى حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق فى تنفيذها على نفقته » ٠

كما أن المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ــ الخاص بنظام التزامات المرافق العامة ــ والمعدلة بمقتضى القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ ــ تنص على أنه : « لمانح الالتزام أن يراقب انشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والادارية والمالية ٠ وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والادارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق ، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحى ، وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام ٠ ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية ــ بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام ــ أن يعهد الى ديوان المحاسبة بمراقبة انشاء المرفق وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والادارية عليه الى أية هيئة عامة أو خاصة ٠ كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة ٠ وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحى التى نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك الى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام ٠

« وعلى الملتزم أن يقدم الى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو

احصاءات، كل ذلك دون الاخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات أو التفتيش على ادارة المرفق فى أى وقت » · ولقد كان نص المادة قبل تعديله يقصر الرقابة على النواحى المالية ، فعدل النص الى وضعه الجديد ، وبررت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ هذا التعديل بقولها : « والحكم الوارد فى المادة سالفة الذكر (٧ قديما) وان أبرز حق رقابة الملتزم من الناحية المالية الا أنه من المسلم أن حق الرقابة فى أصله ليس قاصرا (يقصد مصورا) على الرقابة المالية دون غيرها ، بل يمتد الى الناحيتين الفنية والادارية · وحق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام ، وبعبارة أخرى أن الطبيعة القانونية للمرفق العام هى الأساس القانونى لسلطة الدولة فى الرقابة ، ذلك أن المرفق العام ما هو الا هيئة أو مشروع «entreprise» يعمل باطراد وانتظام لسد حاجات الجمهور · ومن مقتضى مراقبة سير المرفق العام أن يكون للدولة تعيين مندوبين فى جميع ادارات وفروع المرفق العام ، تكون مهمتهم دراسة كيفية قيام الملتزم بادارة المرفق وتقديم توصياتهم للدولة فى هذا الشأن[1] » ·

٤ — وحينما لا يوجد نص يبين مدى سلطة الادارة فى الرقابة — سوء فى العقد أو فى القوانين واللوائح — يثور البحث حول مدى حق الادارة فى التدخل فى أوضاع تنفيذ العقد · أما عن الرقابة بمعناها الضيق الذى حددناه ، فلا شك حول حق الادارة فى ممارستها

(١) كما أن المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ بتعديل ذات المادة — وهى قد عدلت مرتين كما ذكرنا — تقول : « وحق الرقابة على الملتزم حق أسامى مرده الى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه · وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه فى العقد ، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام ، وقد تضمن المشروع المقترح تعديل نص المادة ٧ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بما يكفل تحقيق رقابة أدق وأوفى على الملتزم لكفالة سير المرفق العام » واستطردت المذكر تقول : « ولئن كان المشروع قد تضمن صورا متعددة من الرقابة لكفالة سير المرافق العامة وانتظامها ، الا أن اختيار أحدى هذه الوسائل أو الجمع بينها مرده الى الوزير المختص (أو الجهة المختصة) اذ يترخص فى تقدير ملاءمة كل منها لاحتياجات المرفق ، وما يقتضيه نظام سيره ، بما يحقق المصلحة العامة · فعلى ضوء احتياجات المرفق العام ، يقرر الوزير اختيار ما يناسبها من وسائل الرقابة وما يتلاءم معها من صورها ، فلا يجمع بين أكثر من صورة منها الا اذا قدر أنها أدعى الى تأمين سير المرفق ، وتغليب المصلحة العامة التى تتغياها العقود الادارية » ·

على النحو الذى أوضحناه • وأما عن الرقابة التى تتناول التدخل فى اختيار أوضاع التنفيذ ، فان الأمر بشأنها يدق ، ويختلف باختلاف العقود ، وفقا لمدى صلة العقد بالمرفق العام ، وهو الأساس الذى تقوم عليه سلطات الادارة :

ففى عقود امتياز المرافق العامة ، رأينا الى أى مدى تصل الرقابة بمقتضى المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (معدلة)•

وفى عقود الأشغال العامة ، يسلم مجلس الدولة الفرنسى للادارة بسلطات واسعة فى الرقابة فيما يتعلق باختيار المواد ، وطرق التنفيذ ، لأن الادارة هى صاحبة المشروع ، ولها الحق بالتالى فى توجيه التنفيذ • (L'administrotion est le maitre de l'ouvrage)

أما فى عقود التوريد مثلا حيث تضعف الصلة بين تنفيذ الالتزام وبين سير المرفق العام فان الأصل أن يستقل المورد باختيار طريقة التنفيذ ، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك •

٥ — على أنه مهما كانت سلطة الادارة فى رقابة التنفيذ وتوجيهه فانها يجب أن تقف عند حد عدم تغيير طبيعة العقد (La dénaturation du contrat) وألا تتجاوز حدودا معينة كما سنرى فيما بعد •

المبحث الثانى

حـق التعديل

«Le pouvoir de modification unilatérale»

وندرس فى فرعين متتاليين :

أولا — صور حق التعديل ، وأساسه ومداه •

ثانيا — دراسة تطبيقية لهذا الحق فى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد •

الفرع الأول
صور حق التعديل وأساسه ومداه

١ ــ لاشك في أن حق التعديل أخطر من حق الرقابة في أقصى صورة والذى أشرنا اليه في المبحث السابق : فالادارة هنا لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد ، وانما تحاول أن تغير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد اما بالزيادة أو النقصان • ويمكن أن يرجع التعديل الى عنصر من العناصر الآتية :

(أ) كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد
(Le volume ou la quantité des prestations)

(ب) شروط التنفيذ المتفق عليها (Les conditions d'exécution)

(جـ) وأخيرا مدة التنفيذ (La durée du contrat)

٢ ــ وواضح أن سلطة الادارة هنا تبلغ أقصى مداها ، لأن حق الادارة يهاجم قاعدة الزام العقد لطرفيه في الصميم ، وهي جوهر الرابطة التعاقدية كما هو معروف • وهذه السلطة الخطيرة يرد النص عليها صراحة في العقود الادارية ، وفي دفاتر الشروط ، وتعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة ، والتي تميز العقود الادارية عما عداها كما رأينا تفصيلا •

ولكن هل تملك الادارة هذه السلطة اذا لم يرد عليها نص صريح في العقد ؟! يذهب الرأى الراجح في الفقه الادارى الفرنسى الى وجود هذا الحق مستقلا عن النص الوارد بخصوصه في العقد ، ذلك أن العقد اذا نص عليه ، فان هذا النص يكون كاشفا لا منشئا • ولكن هذا الرأى الذى يعترف للادارة بهذه السلطة الخطيرة ، لا يجعل من هذا الحق سلطة مطلقة ، تهدر قاعدة الزام العقود لطرفيها ، وانما يعنى أن العقد الادارى يتمتع بقدر من المرونة (une certaine mutabilité) تستلزمة طبيعة العقد ، واتصاله بالمرفق العام[١] •

---

(١) مطول جيز في العقود ، الجزء الأول ، ص ٣١٩ • وموجز بونار في القانون الادارى ، ص ٦٢٠ ، وبحث للأستاذ فالين في مجلة القانون العام سنة ١٩٤٨ ص =

وذهبت أقلية الى مهاجمة حق الادارة فى التعديل .ولعل موقف الفقيه جيز فى هـذا الصـدد ، له دلالة خاصة ، فبعد أن أيد حـق الادارة فى التعـديل اذ به يعدل عن خطتـه السابقة ، ويهاجم ذلك الحق ، فهو لا يعتـرف به الا فى عقدى الأشغال العامة والامتياز . ومرجع ذلك عنده الى طبيعة عقد الامتياز بالذات ، لأن شروطه ليست كلها شروطا تعـاقدية ، بل منها ما هو لائحى كمـا هو معـروف ، وبالتالى يكون للادارة حق تعديل الشروط اللائحية دون التعاقدية . أمـا فى غير تلك الحالة ، فانه لا يجوز للادارة أن تستقل بتعـديل شروط عقد وافق عليه كل من الطرفين بحرية[1] .

«Il n'oppartient pas à l'administration de modifier les clauses d'un contrat librement acceptés par les parties».

بل تطرف بعض الفقهـاء المحدثين فى هجـومهم على فكرة سلطة الادارة فى التعديل ، فذهب الفقيه (L'Huillier) الى أن هذا الحق فى الواقع هو من خلـق الفقهـاء ، وأن قضاء مجلس الدولة الفرنسى لا يؤيده (dogme proposé à la fois des juristes) وقد استند هذا الفقيه الى حكم لمجلس الدولة الفرنسى صادر فى ١١ يوليو سنة ١٩٤١ فى قضية (Hôpital-Hospice de Chauny)[2] ، ويتعلق هذا الحكم بعقد وكالة (mandat) وقد جاء فيه قول المجلس :

«Il n'appartentait pas à l'administration de modifier unilatéralement les conditions dudit mandat».

ومن ثم فـانه يرى أن سلطة التعـديل لا تتمتع بهـا الادارة الا بمقتضى نص فى التشريع أو فى العقد ذاته .

والواقع أن هذا الرأى المتطرف ، ينكر طبيعة العقد الادارى . وهو يقع فى التناقض حين يقرر أن سلطة التعديل يمكن أن تتمتع

= ٨٠ ، ورسالة الفقيه بكينو ص ٣٦٣ ، ومطول دويزودى بير فى القانون الادارى ص ٩٠٦ ، ومطول دى لوبادير فى القانون الادارى ، رقم ٨٠١ وما بعدها ، وأخيرا مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٢٣١ .

(١) راجع تعليقه بهذا المعنى فى مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ، ص ٢٥٧ .

(٢) منشور فى مجموعة سيرى ، سنة ١٩٤٧ ، القسم الثالث ، ص ١٥ .

بها الادارة اذا نصت عليها فى العقد · فالمسلم به ، أن طبيعة العقد باعتباره عقدا ؛ تأبى مثل هذا الشرط ، وأن شرط التعديل لا يكون مشروعا الا فى العقد الادارى نظرا للطبيعة الخاصة بهذا العقد · ومنطق هذا الأساس ، أن يكون للادارة ممارسة تلك السلطة ، اذا ثبتت طبيعة العقد الادارى دون حاجة للنص عليها صراحة · أما القول بأن قضاء مجلس الدولة الفرنسى لا يؤيد هذا الحق ، ففيه مبالغة ، فالحقيقة التى أكدها الفقهاء أن سلطة التعديل تستند الى قضاء مجلس الدولة الفرنسى · ولكن هذا القضاء أصبح نادرا فى الوقت الحاضر ، كما يقول الفقيه دى لوبادير ، نظرا لأن العقود الادارية قد جرت على النص على سلطة التعديل وعلى رسم حدودها ، مما ضيق من مجال القضاء فى هذا الصدد[١] ·

٣ ــ ومهما كان الخلاف حول سلطة التعديل فى فرنسا ، فان هذا الحق كان فوق كل شك فى مصر فى ظل لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة ، فقد ورد النص عليه صراحة ، وبصفة عامة ، فى المادة ٨٧ من تلك اللائحة حيث تقول : « تحتفظ الوزارة أو المصلحة بالحق فى تعديل العقد بالزيادة أو النقص فى حدود ١٥٪ فى عقود التوريد و ٣٠٪ فى عقود توريد الأغذية و ٢٥٪ فى عقود الأعمال ، دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك » ·

هذا ولقد أضيفت الى المادة السابقة فقرة جديدة بمقتضى القرار الوزارى رقم ١٧٦ لسنة ١٩٦٠ بمقتضاها : « يجوز بقرار من وكيل الوزارة أو رئيس المصلحة أو مدير السلاح فى الوزارات أو المناطق والمصالح والأسلحة تجاوز الحدود الواردة بالفقرة السابقة

(١) مطوله فى العقود الادارية ، الجزء الثانى ، ص ٣٢٣ حيث استعرض قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد بالنسبة الى عقد الامتياز وغيره من العقود ·
وراجع على الخصوص رسالة الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٥٩ حيث أورد قضاء مجلس الدولة الخاص بزيادة عربات الترام ، وص ٦١ حيث أورد القضاء الخاص بالاضاءة ، وقضاء المجلس الخاص بالفسخ ص ٦٦ ، وأخيرا قضاءه الخاص بزيادة المقابل أو انقاصه ص ٦٨ ·

فى الحالات الطارئة أو الاستثنائية بشرط ألا يؤثر ذلك على أولوية المتعهد أو المقاول فى ترتيب عطائه ، ووجـود اعتماد فى الميزانية يسمح بذلك ، وضرورة الحصول على موافقة المقاول عليها » ٠

كما أن المـادة ٩٣ من ذات اللائحة تقضى بأنه « على المقاول أن ينهى جميع الأعمال الموكول اليه تنفيـذها بما فى ذلك أية زيادات أو تغييرات تصـدر بها أوامر من الـوزارة أو المصلحـة أو السلاح بمقتضى ما يكون مخولا لها من حقوق فى العقد ٠٠٠ » ٠

هذا فضلا عما يرد فى القوانين الخاصة بكل عقد على حدة ، كما هو الشأن فى عقد الامتياز كما سنرى ٠

وهذا الاجمال الذى ورد فى النصوص التشريعية تولت محكمة القضاء الادارى تفصيله فى أحكام كثيرة لها نكتفى منها بحكمين على سبيل المثال وهما :

أولا : حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سـنة ١٩٥٦[١] ٠ وقـد جاء فيه بعد أن أبرزت المحكمة خصائص العقود الادارية المميزة لها عن عقـود القانون الخاص قولها : « ٠٠ ومقتضى هـذه السلطة أن الادارة تملك من جانبها وحـدها وبارادتها المنفردة ــ على خـلاف المألوف فى معاملات الأفـراد فيما بينهم ــ حق تعديل العقـد أثناء تنفيذه ، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت ابرام العقد ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها ، وتتنـاول الأعمـال أو الكميات المتعـاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينـص عليه العقـد ، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل ، ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعـديله الا باتفاق الطرفين،وذلك لأن طبيعة العقود الادارية وأهدفها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة ، تفترض مقدما حدوث تغيير فى

---

(١) القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ قضائية ، وزارة التموين ضد السيد محمد محمد خليل ، ، السنة ١١ ص ٩٠ ٠

ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق ، وأن التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن الادارة ، وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره ، تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وتحقيق تلك المصلحة • ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب ، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الادارى به ، وضرورة الحرص على انتظام سيره ، ووجوب استدامة تعهد الادارة له واشرافها عليه بما يحقق الصالح العام • ومن هنا يثبت حق الادارة فى التعديل بغير حاجة الى النص عليه فى العقد أو موافقة الطرف الآخر عليه اعتبارا بأن هذا الحق يرتكز على سلطة الادارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام • فاذا أشارت نصوص العقد الى هذا التعديل ، فان ذلك لا يكون الا مجرد تنظيم لسلطة التعديل ، وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك ، يضاف الى هذا أن جهة الادارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام •

« ومن حيث انه وان كانت سلطة التعديل هذه تتناول وتشمل جميع العقود الادارية ••• » •

ثانيا : حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) حيث تقول:«ان سلطة جهة الادارة فى تعديل العقد أو فى تعديل طريقة تنفيذه،هى الطابع الرئيس لنظام العقود الادارية ، بل هى أبرز الخصائص التى تميز نظام العقود الادارية عن نظام العقود المدنية • ومقتضى هذه السلطة أن جهة الادارة تملك من جانبها وحدها وبارادتها المنفردة ـ وعلى خلاف المألوف فى معاملات الأفراد فيما بينهم ـ حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت ابرام العقد ،فتزيد من أعباء الطرف الآخر ـ أو تنقصها ـ كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل ، من غير أن يحتج عليها

بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز تعـديله الا باتفاق الطرفين ـ وهى من القواعـد المقررة فى مجال القانون الخاص ـ ذلك لأن طبيعة العقود الادارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العـامة تفترض مقدما حصول تغيير فى ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق ، وأن التعاقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند ابرام العقد الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الادارة ـ وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره ـ تملك حق التعديل بما يوائم هـذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة ، وهى فى ممارستها سلطة التعديل لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقا ، ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب ، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحرص على انتظام سـيره واستدامة تعهد الادارة له واشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة . ومن هنا يثبت حق الادارة فى التعديل بغير حاجة الى النص عليه فى العقد وموافقة الطرف الآخر عليه ، واعتبارا بأن هذا الحق يرتكز على سلطة الادارة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العـام . فاذا ما أشارت نصوص العقد الى هذا التعديل ، فان ذلك لا يكون الا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك دون أن يكون فى ذلك مساس بالحق الأصيل المقرر لجهة الادارة فى التعديل . ولذلك فانه من المقرر أن جهـة الادارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام . وسلطة التعديل هذه وان كانت تشمل جميع العقود الادارية ، بما فيها عقود الأشغال ، فانها تبدو فى أبرز مظاهرها فيما يتعلق بالعقد المذكور اعتبارا بأن جهة الادارة هى صـاحبة الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بهذه الأشغال ... » .

كما أن المحكمة الادارية العليا تؤكد هذا الحق ، وتشير اليه فى

أحكامها ، ومنها حكمها الصادر في ٢ مارس سنة ١٩٦٨ ، وقد سبق أن أوردنا فقرة منه بهذا المعنى ٠

ولكن هـذه الأحكام لم تـرد في لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة ، ولا في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ٠ وقد ورد حكم مجمل في المادة ٨٠ من اللائحة الجديدة يقرر أن « المقادير والأوزان الواردة بجدول الفئات هي مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة والعجز تبعا لطبيعة العملية ٠ والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة ، والأثمان التي تدفع للمقاول تكون على أساس الكميات التي تنفذ فعلا ، سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الوارد بالمقايسة أو الرسومات ، وسواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ في حساب المقايسة الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت في العمل طبقا لأحكام العقد ، وبمراعاة الا يؤثر ذلك على أولوية المقاول في ترتيب عطائه ٠٠٠ » ٠ والمبدأ العام الوارد في هذه المادة يقرر مبدأ الزيادة والنقصان في الكميات المتعاقد على شرائها أو القيام بها ٠ ون ثم فان المبادىء التي قررها القضاء فيما سبق تحتفظ بقيمتها ، وبمراعاة أن سلطة التعديل تستمد لا من النصوص ، ولكن من طبيعة العقد الاداري ٠

٤ ـ والمسلم به أن سلطة الادارة في التعديل تلك ، انما مناطها احتياجات المرافق العامة ، فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الادارية التي تتمتع بها الادارة ، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع اليها معظم قواعد القانون الاداري ٠ وقد أحسن القضاء الاداري المصري في ابراز العلاقة بين تلك السلطة الخطيرة ، وبين مقتضيات سير المرافق العامة ، كما هو واضح من الفقرات التي أوردناها ونوردها فيما بعد ٠ وارجاع سلطات الادارة الخطيرة في التعديل الى فكرة المرفق العام ، يسمح بتحديد ظروف استعمال تلك السلطة ، وتعيين الشروط التي يجب توافرها لشرعية ذلك الاستعمال ٠ ويمكن على ضوء هذا الأساس تحديد تلك الشروط على النحو التالي :

أولا — لما كانت سلطة التعديل تستند الى مقتضيات سير المرافق العامة ، والتى أهمها قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل ، بقصد أداء الخدمة العامة على أتم وجه ، فيجب أن تكون قد استجدت ظروف بعد ابرام العقد ، تبرر هذا التعديل (Changement de circonstances) بحيث لا تستطيع الادارة أن تلجأ الى تعديل شروط العقد بارادتها المنفردة دون تغير الظروف التى تم ابرام العقد فى ظلها ٠

ولكن ما الحل اذا كانت الظروف لم تتغير ، ولكن الادارة أخطأت فى تقدير مقتضيات سير المرافق العامة ، فلم تقدرها التقدير السليم فى العقد ، فهل تملك تعديل العقد بما يتفق والحاجات الحقيقية للمرفق العام ؟ لقد ذهب الدكتور ثروت بدوى فى رسالته عن « عمل الأمير » الى الاجابة بالنفى ، فهو يرى أن على الادارة فى هذه الحالة أن تتحمل نتيجة الخطأ الذى وقعت فيه ، لأنه كان عليها أن تتخذ احتياطاتها من أول الأمر وتقدر حاجة المرفق تقديرا سليما[1] ٠

وهذا الرأى يتجاهل الأساس الذى تقوم عليه سلطة التعديل ، فهى مرتبطة كما ذكرنا بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ، ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير ٠ والمرفق العام يقبل التغيير فى كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدى الى تحسين الخدمة التى يقدمها الى المنتفعين ٠ وفكرة التعديل هى فكرة ملازمة للقاعدة السابقة ٠ وسواء أكانت الادارة مخطئة فى تقديراتها أو غير مخطئة فى تقديراتها ، فانه يجب أن نمكنها من تنظيم المرفق بالطريقة التى تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن ، لاننا لسنا بصدد عقاب الادارة على خطئها ، ولكن بصدد اعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة ٠ وواضح أن الرأى السابق يؤدى الى اهدار المصلحة العامة ،بقصد اعمال قاعدة استقرار العقود ، وهى فكرة يقصد بها حماية المتعاقد ٠ ولهذا لم يجد الدكتور ثروت مناصا من الاعتراف بأن

(١) ص ١٠١ من رسالته ، وقد جاء فيها :

«Si, dès la formation du contrat, l'Administration n'a pas fait une exacte appréciation des intérêts de la collectivité. elle n'a s'en prendre qu'à elle — même. Elle né pourrait pas revenir sur sa faute et imposer à son co-contractant la modification du contrat pour mieux répondre aux besoins de la collectivité. Elle n'a qu'étudier parfaitement et à fond ses projets avant de les soumettre à ses entrepreneurs.

رأيه السابق ، يخالف الفقــه الحديث فى فرنســا ، وقضـــاء محكمة القضاء الادارى المصرية[١] ٠

ويجب أن يلاحظ فى نهاية الأمــر أن المتعــاقد انما هو شخص يسعى الى الربح ، وبالتالى فان مصلحته ليست فى بقاء العقد ، بقدر ما هى فى المحافظة على المزايا المالية التى تعاقد من أجلها ٠ والمسلم به كما سنرى تفصيلا فيما بعد، أن سلطة التعديل رغم خطورتها ، لا يمكن أن تنال من المزايا التى عول عليها المتعاقد عند قبوله العقد ٠ ومن ثم فلا داعى للمغالاة فى تقييد حرية الادارة فى تعديل شروط العقود الادارية استنادا الى مصالح مدعاة للمتعاقد معها ٠

ثانيا – فى الحالات التى يجوز للادارة فيها أن تعدل من شروط العقد الادارى ، يجب عليها أن تحترم فى اجراء هذا التعديل القواعد العامة للمشروعية «Le principe de la légalité administrotive» فيصدر التعديل من السلطة المختصة باجــرائه ، ووفقاً للاجراءات الشكلية المقررة بحيث يكون للمتعاقد أن يتمسك ببطلان كل تعديل يتم على خلاف القواعد المقررة[٢] ٠

ثالثا – ان الراجح أن سلطــة التعديل لا تتناول جميع شروط العقد ، وانما تقتصر على تلك المتعلقة بتسيير المرفق العام «clauses qui intéressent le fonctionnement du service public»، وتلك نتيجة أخرى لعلاقة العقــد بالمرفــق العام ٠ ومن ثم فان الادارة لا تملك تعديل شروط العقد الأخرى ، والمنبتة الصلة بالمرفق العام[٣] ٠

---

(١) رسالته ص ١٠١ حيث يقول :

«C'est là que nous séparons de la doctrine en France et de la jurisprudence de la Cour du Contentieux administratif en Egypte qui reconnaissent à l'Administration le droit de modifier ses contrats à toute époque dès lors qu'elle a en vue la satisfaction de l'interêt général».

(٢) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٨ يوليو سنة ١٩٣٠ ، فى قضية «Cie P. L. M. et autres» مجلة القانون العام ، ســنة ١٩٣١ ، ص ١٤١ مع تقرير المفوض «Josse» ٠

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٧ أغسطس ســنة ١٨٩١ فى قضية «Morelli» دالوز سنة ١٨٩٣ ، القسم الثالث ص ١٨ ، وفى ٩ مارس سنة ١٩٥١ فى قضــية «Didenna» المجموعة ص ١٩٤٩ وفى ١١ يوليو سنة ١٩٤١ فى قضية «Hospital-Hospices de Chauny» المجموعة ص ١٢٩ ٠

وقد أكدت محكمة القضاء الادارى المصرية هـذه القـاعدة فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (وقد سبقت الاشارة اليه) حيث تقـول : « ... الا أن هـذه السلطة ليست مطلقـة ، بل يرد عليها قيود منها أن تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفـق ومقتضياته ، ومنها أنها لا تطبق بقدر واحد فى جميع العقـود ، بل تختلف باختلاف العقود على أساس مدى مساهمة المتعاقد مع الادارة فى تسيير المرفق ، بمعنى أنه اذا كانت هذه السلطة تبرز فى عقود الالتزام اعتبارا بأن للادارة الاختصاص الأول والأصيل فى تسييرها، فانها تكون فى أضيق الحدود حيث يكون موضوع العقد مساهمة من جانب المتعاقد فى تسيير المرفق العام بطريق غير مباشر كما هو الشأن فى عقود التوريد »[1] .

رابعا ـ فى المجال الذى تملك الادارة تعديله من شروط العقد ، تتقيد سلطتها فى التعديل بالأ تتجاوز حدا معينا «Les modifications ne doivent pas excéder certaines limites» ذلك أنه مهما كانت سلطة الادارة ومقتضيات المصلحة العامة،فيجب ألا يغرب عن البال أن المتعاقد قبل الالتزام فى عقد بعينه ، يقوم على موضوع محدد،فيجب على الادارةألا تفرض عليه تعديلات تجعله أمام عقد جديد،ما كان يقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة . كما أن المتعاقد انما يقبل التعاقد على ضوء امكانياته المالية والفنية . فعلى الادارة عند اجراء التعديل أن تحرص على عدم قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب «Le boulversement du contrat et de son économie général» ولقد أشارت المحكمة الادارية العليا الى هذا الشرط صراحة فى حكمها الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ٢٦٤) حيث تقول:«كما أن لها (الادارة) سلطة تعديل العقد ، بحيث لا يصل التعديل الى الحد الذى يخل بتوازنه المالى ».ومن ثم فقد حرصت المادة ٨٧ من اللائحة الملغاة على أن تحصر التعديل فى

---

(١) وجاء فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ أن سلطة التعديل ليست مطلقة من كل قيد وأن « ... جهة الادارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها فى العقد والتى يتمتع بها المتعاقد معها » .

حدود نسب معينة ليس للادارة أن تجاوزها الا بالاتفاق مع الطرف المتعاقد[١] • وتلك النسب هى : ١٥٪ فى عقود التوريد و ٣٠٪ فى عقود توريد الأغذاية ، و ٢٥٪ فى عقود الأعمال • ولا شك أن تلك النسب التى لم ترد فى اللائحة الجديدة ، لم تعد تقيد الادارة ، كما أنه ليس هناك ما يمنع الادارة من الاتفاق مع المتعاقد على أى قدر من الزيادة بمقتضى اتفاقات لاحقة • هذا وتحرص محكمة القضاء الادارى على ابراز القيود التى ترد على سلطة الادارة فى التعديل : فهى فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ تقول أيضا : « وأخيرا فان من هذه القيود (التى ترد على سلطة الادارة فى التعديل) ما يتصل بمدى الأعباء الجديدة التى تلقى على عاتق المتعاقد مع الادارة نتيجة لممارستها هذه السلطة ، اذ يجب أن تكون تلك الأعباء فى الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوعها وأهميتها ، لا أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصلى ، أو تبديل موضوعه أو انشاء محل جديد له غير ما تم عليه الاتفاق أو أن تؤدى هذه الأعباء الى ارهاق المتعاقد فتجاوز امكانياته الفنية أو الاقتصادية والا جاز له أن يمتنع عن تنفيذها ، بل ان له أن يطلب فسخ العقد تأسيسا على أن التعويض الذى تلتزم به جهة الادارة فى مقابل حقها فى التعديل لا يكفى لاصلاح الضرر الذى نشأ عن هذا التعديل ، فله أن يتفادى النتائج الخطيرة المرهقة التى كان يتحملها • وتقدير ذلك كله يدخل فى سلطة القاضى ويخضع لرقابة محكمة القضاء الادارى »[٢]

---

(١) وقد ورد هذا القيد صراحة فى الفقرة المضافة الى المادة ٨٧ والتى سبقت الاشارة اليها • فبعد أن سمحت تلك الفقرة يتجاوز النسب المقررة فى الفقرة الأولى اشترطت ضرورة « ••• الحصول على موافقة المتعهد أو المقاول عليها » •

(٢) سبقت الاشارة الى هذا الحكم • وقد أكدت المحكمة المبادىء الواردة به ، فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الاشارة اليه) حيث تقول :

« ومنها كذلك أنه اذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الادارة ، الا أنه لا يصح أن تجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة فى نوعها وفى أهميتها أو أن تفوق فى قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلا فى العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد راسا على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغير فى موضوع العقد أو محله أو أن تؤدى الأعباء الجديدة الى =

وتؤكد المحكمة الادارية العليا هذا الحق فى قضائها ، ومن ذلك على سبيل المثال قولها فى حكمها الصادر فى ١٩٧٠/٤/١١ ، مجموعة المبادىء المؤقتة ، ص ٤٣) « ... كما أن لها (الادارة) سلطة تعديل العقد بحيث لا يصل التعديل الى الحد الذى يخل بتوازنه المالى ، والا كان للطرف الآخر فى هذه الحالة التمسك باعتبار العقد مفسوخا ، والمطالبة بالتعويضات ان كان لها وجه » .

خامسا ـ ويوازن سلطة الادارة فى تعديل بعض شروط العقد ، حقوق المتعاقد معها :

(أ) فلهذا المتعاقد الحق فى المطالبة بالتعويضات الكاملة على النحو الذى سوف نعرض له عند دراسة فكرة عمل الأمير ، باعتبار أن سلطة التعديل هى احدى تطبيقاتها .

(ب) واذا لجأت الادارة الى التعديل باجراءات غير مشروعة فان للمتعاقد الحق فى طلب الغاء تلك القرارات عن طريق قاضى العقد .

(جـ) وأخيرا فان التعديل اذا جاوز المألوف فللمتعاقد أن يطلب فسخ العقد كما ورد صراحة فى حكم المحكمة الادارية العليا السابق .

الفرع الثانى

حق التعديل فى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد

رأينا فيما سبق أن سلطة الادارة فى تعديل بعض شروط العقود الادارية تغطى جميع العقود ذات الطابع الادارى . ولما كان أساس تلك السلطة يكمن فى مقتضيات سير المرافق العامة ، فان سلطة التعديل تتراوح قوة وضعفا وفقا لمدى صلة العقد بالمرفق العام .

= ارهاقه وتجاوز امكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية والا جاز له أن يمتنع عن التنفيذ ، بل ان له أن يطلب فسخ العقد تأسيسا على أن التعويض الذى تلتزم به جهة الادارة فى مقابل حقها فى التعديل ، لا يكفى لاصلاح الضرر الناشىء من هذا التعديل فله أن يتفادى النتائج الخطيرة التى لا قبل له بها ، وتقدير ذلك مما يخضع لرقابة محكمة القضاء الادارى » .

ولهذا فانه من المفيـد أن نتناول بعض التطبيقات لتلك السلطة فى أهم العقود الادارية المسماة ، وهى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد ، التى ورد عليها النص صراحة فى جميع القوانين المنظمة لمجلس الدولة المصرى على التفصيل السابق ٠

١ ـ § سلطة التعديل فى عقد الامتياز

١ ـ يمتاز عقد الالتزام بأن موضوعه ينصب على ادارة مرفـق عام ، فهو بهذه الخصيصة يجعل من الفرد المتعاقد بمثابة النائب عن الادارة فى تسيير مرفق عام ٠ ومن هنا لا خلاف بين الفقه والقضاء على ضرورة اخضاع الملتزم لأكبر قد ممكن من رقابة الادارة ٠ وهذا ما أبرزه مفوضو الدولة أمام مجـلس الدولة الفرنسى منـذ تاريخ متقدم ٠ ومن أشهر مذكراتهم فى هذا الصدد ما كتبه المفوض ليون بلوم بمناسبة حكم مجلس الدولة الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩١٠ فى قضية «Compagnies genér. française des tramways»[١] حيث يقول فى عبارات قاطعة :

«L'Etat ne peut pas se désintéresser du service public une fois concédé. Il est concédé sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public La concession ... n'équivaut pas à un abandon, à un délaissement».

«L'Etat reste garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens ... ».

٢ ـ ونجد هذه المعانى بذاتها فى قضاء مجلس الدولة المصرى ٠ ولقد سبق أن أشرنا الى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧[٢] وهو من أحكام المحكمة المطولة فى هذا الصدد ، والتى رسمت فيه العلاقة بشكل واضح بين الادارة والملتزم ٠ فبعد أن استعرضت أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بتنظيم التزام المرافق العامة قالت : « وظاهر من استعراض هذه النصوص أنها فى مجموعها ليست الا ترديدا للمبادىء العامة للقانون الادارى فى شأن

(١) المجموعة ص ٢١٨ ٠
(٢) وقد نشر ملخصه فى مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ص ١٦٠ ٠

التزامات المرافق العامة ، وهى أن الدولة ، وهى المكلفة أصلا بادارة المرافق العامة ، فانها اذا عهدت الى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتزم فى ادارته عن أن يكون معاونا لها ، ونائبا عنها فى أمر هو من أخص خصائصها • وهذا النوع من الانابة ••• لا يعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام ، بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن ادارته واستغلاله • وهى فى سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل فى شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل ، فتفرض على الملتزم عبئا جديدا يزيد على ما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبينه أو تعدل من شروط الالتزام وادارة المرفق واستغلاله • وهى فى ذلك كله لا تستند الى عقد الالتزام، بل الى سلطتها العامة ، وتحقيقا لغايات هذه السلطة ، متمتعة فى ذلك بامتياز وسيادة ينتفى معها كل طابع تعاقدى ، الأمر الذى يترتب عليه استبعاد تطبيق قواعد القانون الخاص المتعلقة بالالتزامات •

ولذلك فان عقد الالتزام ينشىء فى أهم شقيه مركزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله • وهذا المركز اللائحى الذى ينشئه الالتزام والذى يتصل بالمرفق العام هو الذى يسود العملية بأسرها • أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له ، وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام ، كما أن من حق السلطة مانحة الالتزام أن تقوم بتعديل هذا المركز اللائحى • وأنه ولو أن الشروط تتقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم الا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ، ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية ، بل هو يقرر قاعدة تنشىء مركزا قانونيا أو لائحيا ، فان حق الدولة فى تعديل هذا المركز بارادتها المنفردة من الأمور التى تخرج عن نطاق الجدل • واذا وقع هذا التعديل، فانه لا يمس حرمة عقد من العقود أو يخل بمركز تعاقدى ، اذ أنه متى كان الأمر أمر مركز قانونى أو لائحى ، فان ارادة الدولة المنفردة تكفى وحدها لتعديله • والواقع أن الدولة اذ تقوم بهذا التعديل ، انما تتدخل — كما سبق البيان —

بصفتها ممثلة للسلطة العامة المنوط بها الهيمنة على رعاية الصالح العام ... من واجبها ضمان حسن سير المرافق العامة واستغلالها وادارتها . وكفالة ذلك كله محققة بما لها من حقوق لا تملك السلطة العامة مانحة الالتزام التنازل عنها ، كما أنها وهى تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحاج بأنها تمس الحق الأعلى ، أو تخل بشروط عقدية ، لأن الاجراءات التى تتخذها فى هذا الشأن انما تتناول نظاما قانونيا خاصا بمرفق عام ، فهى تملك تعديل قوائم الأسعار وأركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله حتى لا يختل توازنه المالى ، وخفض أرباح الملتزم الباهظة الى القدر المعقول متى اقتضت المصلحة العامة ذلك ، بل ان لها أن تنهى الالتزام نفسه متى اقتضت المصلحة العامة ذلك أيضا . وقد طبق القضاء المصرى هذه القواعد باعتبارها مستمدة من مبادىء القانون العام حتى قبل العمل بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، لذلك يمكن القول بأن هذا القانون لم يأت فى واقع الأمر بجديد فى هذا الشأن . وهذه الحقيقة واضحة فيما قرره ممثل وزارة العدل عند مناقشة مشروع القانون بمجلس الشيوخ حيث قال : « الواقع أن العلاقة بين الملتزم ومانح الالتزام ليست فى حاجة عند تكييفها الى نصوص . فقد حكم مجلس الدولة فى فرنسا باطراد بأن لمانح الالتزام أن يستعمل كافة الحقوق المقررة بالمشروع المعروض دون حاجة الى نص .. ولا يوجد فى فرنسا مثل هذا التشريع الآن ، لأن مجلس الدولة كما قلت أعفاها منه .

والغرض من وضع هذا التشريع عندنا أن مجلس الدولة (المصرى) ما يزال فى بدء حياته ولم يضع تقاليد للآن ، ويجوز عندما تعرض عليه مسائل من هذا النوع أن يختلف الرأى فيها ، فقد كانت عقود التزام المرافق العامة خاضعة لنصوص القانون المدنى والقانون التجارى . فأصبحت هذه العقود بمقتضى أحكام مجلس الدولة الفرنسى وآراء الفقهاء الفرنسيين من شأن القانون الادارى ، وقد أجمع الفقه الادارى على أن عقد الالتزام ليس الا انابة من مانح الالتزام الى الملتزم لادارة المرفق لصالح الجمهور ، فيجب ألا يخرج

النائب عن هذه المصلحة اطلاقا ٠٠٠ » على أن حقوق السلطة مانحة الالتزام على الوجه السابق بيانه ، من حيث التدخل فى شئون المرافق العامة وتعديل شروط قواعد اداراتها واستغلالها وتنظيمها وأرباحها وقوائم الأسعار الخاصة بها ، وان كانت فى غير حاجة الى نصوص تقررها — كما سبق البيان — الا أنه ليس ثمة ما يمنع تضمينها لوائح أو قوانين عامة تسرى على جميع الملتزمين أو قوانين خاصة تتناول طائفة معينة من المرافق العامة ٠ وفى مثل هذه الصور والحالات لا يسوغ القول ان حقوق السلطة مانحة الالتزام تصبح ٠٠٠ لمجرد تقريرها بنصوص تشريعية ، أقل منها حين يكون أمرها متروكا للمبادىء العامة ٠٠ » ٠

ويسير القسم الاستشارى للفتوى والتشريع على ذات المسلك ٠ ومن ذلك فتوى قسم الرأى مجتمعا ، رقم ٩٢ فى ١٩٥٦/٢/٤[١] ، والتى جاء فيها : « من المسلم فقها وقضاء أن مانح الالتزام يملك بارادته المنفردة تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دو نأن يتوقف ذلك على قبول الملتزم ٠ وحق تعديل الشروط اللائحية مستمد من طبيعة موضوع العقد وهو المرفق العام ، اذ القاعدة الأساسية أن السلطة العامة هى صاحبة الكلمة العليا فى تنظيم وادارة المرافق العامة لتعلق ذلك بالصالح العام ٠ فاذا تغيرت الظروف وأصبح نظام المرفق الذى تقرر وقت التعاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة ولا يحقق المنفعة العامة التى أنشىء لتحقيقها ، كان للسلطة العامة مانحة الالتزام أن تغير هذا النظام ، وأن تفرض على الملتزم بمحض سلطتها النظام الذى تراه أدنى الى تحقيق المصلحة العامة » وبعد أن أوضحت الفتوى أن سلطة التعديل تشمل « التعريفة والشروط المتعلقة بها » استطردت تقول انه اذا ترتب على انقاص التعريفة خسارة « فعلى مانح الالتزام أن يعوضه (الملتزم) عن تلك الخسارة ، اذ من المسلم أن للملتزم حقا فى التوازن المالى للمشروع ، وأن السلطة مانحة الالتزام ملزمة برد

---

(١) مجموعة الأستاذ سمير أبو شادى ، السابقة ، ص ٥٤ ٠

هـذا التوازن اذا اختـل نتيجـة لتدخلهـا بتخفيـض التعريفـة مثلا ... »[١] .

٣ ـ تلك المبـادىء التى فصلتها محكمة القضاء الادارى وقسم الرأى أجملتها المادة ٥ من القـانون رقم ١٢٩ لسـنة ١٩٤٧ حيث تقول : « لمانح الالتزام دائما ، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض ان كان له محل » .

كما أن المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ تنص على أن « يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافـق العـامة ، وكذلك أى تعـديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتيـاز أو مـدة الامتياز أو نطـاقه أو الاتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة . ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص » .

ولـما كان القانون رقم ١٢٩ لسـنة ١٩٤٧ قانونا عاما ، فان القاعدة التى وضعها تسرى على جميع أنواع التزامات المرافق العامة سواء ما صدر منها قبل القـانون المشـار اليه ، أو بعده ، لأن هذا القـانون ـ كما أكد النـاطق بلسان الحكومة أمام البرلمـان ـ لم يستحدث الأحكام الواردة به وانما استهدف تقنينها ، معـاونة من المشرع لمجلس الدولة المصرى الناشىء .

ولم يكتف القانون السابق ، بوضع القاعدة العـامة من حيث جواز تعديل شروط عقـد الالتزام ، بل اهتم بوجه خاص بكيفية تحديد أرباح الملتزم باعتبارها أهم ما يعنى المنتفعين بالخدمة التى يؤديها المرفـق الذى يدار عن طـريق الالتزام على النحـو الذى أوضحته المـادة الثالثة من القانون . وقد سـبق لنا أن شرحنا هذا التنظيم وأسبابه .

---

(١) راجع أيضـا فتوى القسـم رقم ٤١٤ بتاريخ ١٩٥٤/١١/٤ ، المجموعة السابقة ص ٥٥ وفتواه رقم ٧٧ فى ١٩٥٤/٣/٢ ، المجموعة السابقة ، ص ٥٥ .

٤ ــ وفى مجال عقد الامتياز ــ كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية ــ لا تستطيع الادارة أن تتناول بالتعديل جميع شروط العقد ، وانما تنصب سلطة التعديل على الشروط المتصلة بسير المرفق العام ، وهى التى يعبر عنها عادة بالشروط اللائحية (Les clauses règlementaires)[١] .

وعلى هذا الأساس لا تستطيع الادارة أن تمس المزايا المالية المقررة للملتزم بمقتضى العقد ــ غير الرسوم التى يتقاضاها من المنتفعين[٢] ــ كما لو ضمنت له الادارة حدا أدنى من الربح أو تعهدت له بسلفة مالية أو بضمانة لدى بنك من البنوك .. الخ . كما أن الادارة اذا تعهدت بأن تقصر النشاط على الملتزم (Clause ou privilège d'exclusivité) ، فان هذا الشرط ملزم ، ويتعين على الادارة احترامه[٣] .

---

(١) يرى الفقيه دى لوبادير أن التلازم غير مطلق بين فكرة الشرط اللائحى ، والشرط الذى يتصل بالمرفق العام ، لأن فكرة الشروط اللائحية لا توجد الا فى عقود الالتزام ، فى حين أن سلطة التعديل تتناول جمع العقود الادارية . ومن ثم فانه يستعيض عن فكرة الشروط اللائحية فى هذا المقام بفكرة الشروط المتصلة بتيسير المرفق العام . مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٣٥٩ حيث يقول :

«Pratiquement, les clauses modifiables de la concession correspondent en gros aux clauses règlementaires et les clauses immuables aux clauses contractuelles. On considère assez couramment que cette correlation a une valeur absolue ... Cette conclusion ne nous parait précisement pas acceptable. La théorie du pouvoir de modification est, à notre avis, la même dans la concession que dans tous les contrats administratifs; sont modifiables les seules elauses qui interessent le servicé èt son fonctionnément ; il sé trouve que ces cluses sont en fait les clauses règlementaires; mais cette nature règlémén-taire fournit seulement au pouvoire de modification un fondement en quelque sort supplémentaire ... ».

وهذا الانتقاد لا محل له فى مجال عقد الامتياز ، ولكنه يصدق بالنسبة الى العقود الادارية الأخرى ، مادام المعيار المسلم به فى مجال عقود الامتياز ، أن الشروط اللائحية ، هى الشرط التى تتعلق بكيفية أداء الخدمة للمنتفعين ، أى تتصل بكيفية سير المرفق العام .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١١ يناير سنة ١٨٩٥ فى قضية «fer d'orléans» المجموعة ص ٣١ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ فى قضية «Ville de saint-Etienne» مجموعة سيرى ، سنة ١٨٩٤ ، القسم الثالث ص ١ مع تعليق هوريو .

وقد أيدت محكمة القضاء الادارى المصرية هـذا القضاء ضمنا فى حكمها الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٤٤ لسنة ١١ قضائية)[١] ، فى قضية تتلخص ظروفها فى أن مصلحة الآثار قد اتفقت مع متعهد على اقامة كازينو فاخر فى المنطقة المجاورة لتمثال أبى الهول ، وتعهدت بأن يشمل نشاط هـذا الكازينو المنطقة كلها بحيث لا يسمح لغيره بمزاولة نشاط مماثل فى المنطقة ٠ وتنفـيذا لهذا الشرط أنهت عقود بعض الأفراد فى المنطقة ، فقضت المحكمة بسلامة موقف الادارة التى « ٠٠٠ لم تستعمل سوى حقها ٠٠ وهى فى هـذا الاجراء انما تتوخى مصلحة عامة ، وذلك أنها رأت اقامة مقصف فاخر ، يشـمل نشاطه المنطقة كلها بما فيها قطعـة الأرض المرخص للمدعى باقامة كشك فيها ، وذلك للاعتبارات الواردة فى مذكرة وزارة الارشاد القومى ٠٠٠ » ٠

وتعتبر مدة الالتزام أيضا من الشروط التى لا تستطيع الادارة أن تستقل بتعديلها ٠ ولكن يجب توضيح هـذه الفكرة ٠ فالالتزام كما رأينا يجوز أن تكون مدته فى حدود ٣٠ سنة وفقا للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ٠ فاذا ما تعـاقدت الادارة مع الملتزم على أساس استغلال المرفق لمدة معينة ، فانه ليس للادارة أن تستقل بتعديل تلك المـدة ٠ بمعنى أنهـا ــ اذا ما رغبـت فى أن يدار المرفق بطريق الامتياز ــ فليس لها أن تسحب المرفق من الملتزم الأصلى لتمنحه الى ملتزم جديد قبل نهاية المدة المتفق عليها فى العقد ، وذلك بطبيعة الحال ، مادام الملتزم الأصلى يوفى بالتزامه على أتم وجه ٠

ولكن شرط المـدة لا يمكن أن يحول بين الادارة وبين استرداد المرفق قبل نهـاية المـدة ، اذا ما رأت أن تغير طريقـة الادارة ، من الالتزام الى الادارة المبـاشرة مثلا ، أو المؤسسات العـامة (الهيئات العامة) ٠٠٠ الخ كما سنرى عند دراسة نهاية العقود الادارية ٠

---

(١) السيد ابراهيم محمد ابراهيم فايد ضد وزارة التربية والتعليم ٠

أما اذا اتصل الشرط بكيفية تسيير المرفق العـام ، فان الادارة تتمتع بسلطة التعديل • وبناء على ذلك ، فلو كان الالتزام ينصب على النقل بواسطة الترام أو الأتوبيس مثلا ، فان السلطة العامة لها أن تتدخل لتجبر الملتزم على مد خطوط جديدة اذا ما زاد العمران ، كما أن لهـا أن تأمر بزيادة عدد القاطرات أو السيارات المستعملة ، أو تعديل أوقات سيرها ، أو تحسين نوع العربات ••• الخ • وللادارة أيضا ـ بصريح نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ـ أن تعدل قوائم الأسعار بالزيادة أو بالنقص • وقد سلمت محكمة القضاء الادارى فى أحكامها بشرعية الأمر الصـادر من الادارة الى ملتزمى النقل بالأوتوبيس بزيادة عـدد السيارات فى حدود نسبة معينـة ، بقولهـا ان الادارة فى طلب الزيادة انما استعملت حقـا مستمدا من طبيعة المرفق العـام « ••• وعملا بالقواعد الأصولية فى العقود الادارية وأهدافهـا ، وقيامها على فكرة استمرار المرفق العام ، تفترض مقدما حدوث أى تعديل يتعلق بسير المرفق وحاجته •• فاذا صح ما تذهب اليه الشركة من أن هذه الزيادة سيترتب عليها زيادة الأعباء المالية الملقاة على عاتقها،فان حقها مكفول بالرجوع على المجلس البلدى بالتعويض عن الأضرار التى تلحق مركزها التعاقدى على أساس اعادة التوازن المالى للعقـد ••• » (حكمها الصـادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٥٧)[1] •

(١) القضية رقم ٣٥٧ لسنة ١١ قضائية ، السيد فوزى مقار ، ضد كل من وزير الشئون البلدية والقروية ، ورئيس المجلس البلدى لمدينة القاهرة • وبنفس المعنى ، وفى قضية أخرى بين ذات الشركة والادارة أكدت المحكمة المبادىء الواردة فى الحكم الأول ، وذلك فى حكمها الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٧ ، حيث تقول المحكمة بعد أن أكدت المعنى الأول : « ••• والواقع أن اتصال العقد الادارى بالمرفق العام ، وضرورة الحرص على انتظام سير هذا المرفق ، ووجوب استدامة تعهد الادارة واشرافها عليه بما يحقق مقتضيات الصالح العام ، يجعل العقد الادارى الذى يتصل بالمرفق العام ، ينفرد بخصائص معينة منها أن التزامات المتعاقد مع الادارة لا تقتصر على ما هو وارد صراحة فى قائمة الاشتراطات فقط ، وانما يمثل أيضـا القيام بكافة الأعمال التى يتبين ضرورتها لضمان حسن سير المرفق العام ولو لم يكن منصوصـا عليها فى العقد • ومن حيث ان ذلك الذى استقر عليه القضاء فى كافة العقـود الادارية قد أخذ به المشرع فى عقود المرافق العامة التى تمنحها السـلطات الادارية بموجب الالتزام ••• » وذكر الحكم نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧) •

٥ ـ وفى مجال عقود الامتياز أيضا ـ كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية ـ يجب أن تقف سلطة الادارة فى التعديل عند الحدود المعقولة والتى أشرنا اليها فيما سلف • فالادارة لا تستطيع أن تستهدف بالتعديلات الا صالح المرفق الذى يدار عن طريق الامتياز ، ولكنها اذا استهدفت مضايقة الملتزم حتى ينزل عن الالتزام لكى تتولى السلطة العامة ادارته بنفسها أو لتحل محل الملتزم الأول ملتزما جديدا بشروط أكثر نفعا للادارة ، فان تصرفها يغدو مشوبا بعيب الانحراف[١] •

واذا كان فى وسع الادارة أن تفرض على الملتزم أعباء جديدة ، فيجب أن يكون فى وسع الملتزم تحملها •

فاذا كان الظاهر يؤكد بوضوح أن الأعباء الجديدة من الضخامة بحيث تعتبر كأنها التزام جديد ، فان للملتزم أن يتحرر منها عن طريق القضاء[٢] •

ولقد أثير أمام مجلس الدولة الفرنسى ، البحث عن مدى حق الادارة فى فرض التحسينات الجديدة على الملتزم ، باجبارة على متابعة التقدم العلمى فى كيفية أداء الخدمة (La modernisation du service) وكان ذلك على وجه الخصوص فى مجال احلال الاضاءة بالكهرباء ، محل الاضاءة بالغاز ، أو الاسعاضة بالأتوبيس عن الترام • وذلك أنه وفقا للقواعد العامة فى التعديل لا يمكن اجبار ملتزم الاضاءة بالغاز على استعمال الكهرباء ، كما أنه لا يمكن من ناحية أخرى تعطيل الصالح العام ، احتراما لقواعد العقد • ولهذا فقد استطاع مجلس الدولة الفرنسى أن يخرج من هذا المأزق عن طريق حل وسط

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٨ يوليو سنة ١٩٣٠ فى قضية «Cie P.L.M.» (سبق) •

(٢) حكم المجلس فى ٣ أبريل سنة ١٩٢٥ فى قضية «Ville de Mascara» (سبق) •

بمقتضاه لا تستطيع الادارة أن تفرض بارادتها المنفردة على شركات الغاز استعمال الكهرباء فى الاضاءة ، ولكنه حرر الادارة من الالتزام الواقع على عاتقها بمقتضى العقد ، والذى يقضى بأن تضمن الادارة لشركات الاضاءة عدم المنافسة (privilège d'exclusivité de l'éclairage) بمعنى أن للشركات القديمة أن تزاول نشاطها • ولكن للادارة بعد انذار تلك الشركات باستعمال وسيلة الاضاءة الجديدة وهى الكهرباء - أن تتعاقد مع ملتزمين جدد ، يكون فى وسعهم مجاراة التقدم العلمى الجديد[1] •

٦ - ونشير أخيرا الى حقوق الادارة فى رقابة الملتزم ، وفى الاشراف على تنفيذه لعقد الالتزام • وسلطتها فيما يتعلق بتعديل شروط العقد ، ليست حقوقا مجردة ، ولكنها فى الواقع حقوق تحمل طابع الواجب ، بمعنى أنه يتعين على الادارة فى بعض الأحيان أن تتدخل ، وأن تستعمل تلك السلطات ، وذلك اذا أخل الملتزم بالشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام • فحينئذ يكون للمنتفعين الحق فى مطالبة الادارة بالتدخل لاجبار الملتزم على احترام شروط العقد • وللمنتفعين اجبار الادارة على التدخل اذا تخاذلت أو تغاضت عن استعمال سلطاتها • وهذا ما وضع مجلس الدولة الفرنسى أساسه فى حكمه المشهور فى قضية (Synd, Croix-de-Seguey) الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٦[1] فللافراد ، عن طريق دعوى الالغاء ، الحصول على حكم بالغاء امتناع الادارة عن التدخل • وهو ما صدر به الحكم السابق • ولهم أيضا الحصول على حكم بالتعويض اذا ما ترتب على امتناع الادارة ضرر للأفراد[3] •

---

(١) بدأ هذا القضاء بحكم المجلس الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٠٢ فى قضية «Deville-Les-Rouen» مجموعة سيرى سنة ١٩٠٢ ، القسم الثالث ، ص ١٧ مع تعليق هوريو •

(٢) منشور فى مجموعة سيرى سنة ١٩٠٧ ، القسم الثالث ، ص ٣٣ مع تقرير المفوض (Romieu) وتعليق هوريو •

(٣) حكم المجلس فى ٢ يونية سنة ١٩٢٣ فى قضية (Protectorat de l'Annam) دالوز سنة ١٩٣٤ القسم الثالث ص ٦٩ مع تعليق أبلتون ، وحكمه فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ فى قضية (Caire) المجموعة ص ٨٩٩ •

ولكن لكى يعمل القضاء رقابته السابقة ، يجب أن يثبت للمجلس أن عدم تدخل الادارة مرجعه الى الاهمال أو التخاذل (une négligence, ou inertie) أما اذا كانت الادارة تترخص فى حدود الصالح العام ، فانه لا ضير عليها فى هذه الحالة[1] •

ولا شك فى أن المبادىء السابقة تطبق فى مصر ، وان كنا لم نجد قضاء بهذا الخصوص حتى الآن •

٢ ــ § سلطة التعديل فى عقود الأشغال العامة

وهذا هو العقد الثانى ــ بعد عقود الامتياز ــ الذى تتمتع فيه الادارة بسلطات واسعة ، فيما يتعلق بكل من الرقابة والتعديل • وفى هذا العقد ــ كما هو الحال فى عقد الاميتاز ــ تتولى دفاتر الشروط ، ونصوص العقد ، تفصيل سلطة الادارة فى كل من المجالين ، ولكن المسلم به أن تلك الشروط والنصوص كاشفة ومنظمة لا منشئة • وهنا أيضا يبرر محل العقد سلطات الادارة الخطيرة ، لصلة الأعمال محل العقد بالمرفق العام • ولقد سبق أن عرفنا هذا العقد ، وعلمنا أنه يقوم على أساس اعداد مادى لعقار بقصد تحقيق مصلحة عامة • فالمتعاقد بهذه المثابة يتدخل مباشرة فى شئون المرفق ، وبالتالى يجب أن يخضع لرقابة شديدة من جانب الادارة • وهذا ما أبرزته محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الاشارة اليه أكثر من مرة) حيث تقول : « •••• وسلطة التعديل ، وان كانت تشمل جميع العقود الادارية ، بما فيها عقود الأشغال ، فانها تبدو فى أبرز مظاهرها فيما يتعلق بالعقد المذكور

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ فى قضية (Storch) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٠٥ ص ٣٤٦ مع تعليق الفقيه جيز ، ويتعلق بتغاضى الادارة عن استعمال الشركة لوسيلة معينة غير تلك المنصوص عليها فى العقد بقصد اتمام بعض الأشغال العامة •

اعتبارا بأن جهة الادارة هى صاحبة الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بهذه الأشغال ... »

ويتم تدخل الادارة فى هـذا المجـال بمقتضى أوامـر مصلحية «ordres de service» ولقد كانت هذه الأوامر المصلحية مجالا خصبا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى مما يستدعى دراستها بشىء من العناية ، على أن نعرض بعد ذلك لصور تدخل الادارة بالرقابة والتعديل فى مجال عقود الأشغال العامة .

أولا ـ النظام القانونى للأوامر المصلحية

١ ـ والأمر المصلحى ، هو قـرار ادارى . ويترتب على ذلك تصـدرها الادارة الى مقاول الأشغال العـامة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقـد ، أو تكملة الناقص منها ، أو التعديل فيها . وتصدر تلك الأوامـر عادة من بعض الأعضاء الفنيين فى الادارة ، لا سيما المهندسين المنوط بهم الاشراف على تنفيذ الأشغال العامة .

٢ ـ والأوامـر المصلحى ، هو قـرار ادارى . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(أ) أن هذا الأمر ملزم للمقاول الذى يصدر اليه . وهذا الأمر تنفيذى يتعين على المقاول احترامه ، وتنفيذ ما جاء به . فاذا كان له عليه اعتراض ، فيجب أن يسلك السبيل المشروع لتحقيقه ، اما بالتظلم الادارى أو بسلوك السبيل القضائى . فاذا لم يفعل ، عرض نفسه للمسئولية وتوقيع الغرامات التى سنعرض لها فيما بعد[1] .

(ب) التزام المقـاول بالتنفـيذ ، يقـابله حقـه فى المطـالبة بالتعويضات كما سنرى .

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٥ أغسطس سنة ١٩٢٧ فى قضية (Min. de la Guerre المجموعة ص ٩٦٦ ، وفى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٥ فى قضية (Pasquelin) المجموعة ص ٩٥٢ .

(جـ) هذا الأمر المصلحى ، لا يجب مسئولية المقاول عن التنفيذ .

٣ ـ والقاعدة العامة فى الأمر المصلحى ، أن يصدر فى صورة كتابية (La forme écrite) [1] ويترتب على ذلك أن المقاول لا يلتزم بتنفيذ الأوامر الشفهية التى تصدر اليه . ومن ناحية أخرى فانه لا يستطيع أن يستند فى طلب التعويض الا الى الأوامر الكتابية .

ولكن المسلم به ــ من ناحية أخرى ــ أن العقود الادارية تستطيع النص على التحرر من هذه الشكلية باجازة الأمر الشفهى صراحة[2] .

كما أن مجلس الدولة الفرنسى قد احترم الأمر الشفهى اذا اعترفت به الادارة[3] ، أو اذا كان العرف الادارى يجرى على تقليد الأوامر الشفهية[4] ، أو اذا ثبت أن تنفيذ الأمر الشفهى قد أصبح ضروريا بخطأ الادارة[5] .

ولكن اذا كان من الواجب أن يصدر الأمر المصلحى فى صورة كتابية ، فانه ليس ثمة صورة كتابية بعينها يلزم اتباعها ، فيكفى مجرد خطاب أو مذكرة، بشرط أن تكشف عن نية الادارة القاطعة[6] . والقاعدة المطبقة فى فرنسا هى بعينها الواجبة الاحترام فى مصر ، فدفاتر الشروط الرئيسية ، تنص صراحة على الشكل الكتابى

---

(١) مطول دى لوبادير فى العقود الجزء الثانى ، ص ٣٦٩ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ فى قضية (Commune de Firmy) المجموعة ص ٩٤٠ ، وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٦ فى قضية (Crolle) المجموعة ص ٩٨٧ .

(٣) حكمه الصادر فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٧٢ فى قضية (Vidal) المجموعة ص ٧٤٥ .

(٤) حكمه الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ فى قضية (Marquis) المجموعة ص ٤٦٩ .

(٥) حكم المجلس الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٣٦ فى قضية (Sté. des Etablissement-Quillery) المجموعة ص ٧١٨ وفى ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٠ فى قضية (Commune de Maussane) المجموعة ص ٢٠٥ .

(٦) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٤٣/١ ، فى قضية (Villemaine) المجموعة ص ٢١٩ .

للأوامر المصلحية[١] ـ كما ورد النص عليه صراحة فى لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة فى المادة ٨٢ وفى المادة ٨٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة والتى تقرر : « اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحدى التزاماته المقررة ، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام باجراء هذا الاصلاح ‥ » وفى مصر أيضا لا يتطلب فى الأمر الكتابى شكل خاص[٢] ٠

٤ ـ واذا أصدرت الادارة أمرا مصلحيا الى المقاول فان له أن يقبل هذا الأمر صراحة ، ويكون ذلك اما بتوقيعه على الأمر بالعلم وبدون تحفظ ٠ وقد يستشف هذا القبول من تنفيذ الأمر ٠ ولكن للمقاول أن يرفض الموافقة على الأمر ٠ وحينئذ يتعين عليه أن يتظلم بالطريق المشروع ، وذلك خلال المدد التى يحددها العقد أو دفتر الشروط وهى عادة مدد قصيرة ، يترتب على مرورها سقوط حق المقاول فى التظلم (délais brefs de forclusion) ويتشدد مجلس الدو الفرنسى فى احترام هذه المدد فيعتبرها آمرة (de caractère absolument impératif) ويتحمل المتعاقد نتائج تفويتها[٣] ٠

ولكن للادارة بطبيعة الحال أن تنزل عن التمسك بمضى المدة ، بشرط أن تكشف عن موقفها صراحة :(renonciation explicite) [٤] ٠

---

(١) راجع رسالة الدكتور فؤاد العطار باللغة الفرنسية وموضوعها : (Le marché de Travaux publics) ، طبعة سنة ١٩٥٥ ، ص ١٧٩ وما بعدها حيث درس الموضوع ، وانتهى الى الرأى السابق ٠

(٢) رسالة الدكتور فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص ١٨١ ٠

(٣) حكم المجلس فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية (Depart. de l'Aisne) المجموعة ص ١١٤٠ ، وفى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية (Ducos) المجموعة ص ٩٠٢ ٠

(٤) حكمه فى أول فبراير سنة ١٨٩٥ ، فى قضية (Peyroche) المجموعة ص ١٠٩ ٠

على أن مجلس الدولة الفرنسى يلطف من حدة قضائه السابق ، عن طريق التزام القواعد الآتية بخصوص تلك المدة :

(أ) لا تسرى مدد السقوط السابقة الا اذا نص عليها صراحة فى العقد أو فى دفاتر الشروط • أما اذا خلا العقد من تحديد مدة معينة للسقوط ، فلا يمكن أن يسقط حق المقاول فى الاعتراض[١] •

(ب) اذا تضمن العقد — أو دفاتر الشروط — مددا معينة للسقوط ، فان تلك المدد لا تطبق الا بالنسبة الى الأوامر المصلحية بمعناها الفنى الذى حددناه ، ولا تمتد الى طلبات المتعاقد الأخرى التى قد يستمدها من العقد • ويجب — من ناحية أخرى — أن يكون الأمر الصادر من الادارة المتعاقدة أمرا مصلحيا بمعنى الكلمة ، بحيث لا يجوز للادارة أن تستتر وراء نظام الأوامر المصلحية — الخاصة بالرقابة فى تنفيذ العقد أو بتعديل بعض شروطه — لاتخاذ موقف تعسفى مع المقاول بحرمانه من بعض طلباته المشروعة الأخرى ، كرفضها دفع باقى الثمن ، واستنادها الى أن المقاول لم يعترض على قرارها فى هذا الصدد خلال المدد المحددة للاعتراض على الأوامر المصلحية[٢] •

(جـ) يستثنى قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى بعض الحالات ، بعض الأعمال الاضافية التى يطلب من المقاول القيام بها من مدد السقوط السابقة ، اذا كانت مستقلة عن العقد[٣] •

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٤٦ فى قضية (Ville d'Asnières) المجموعة ص ٧٦ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٣ فى قضية (Min. Guerre) المجموعة ص ٣٦٠ •

(٣) حكمه الصادر فى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية (Viturct) المجموعة ص ٤٣٣ ، حيث يقول :

«Cons. que les travaux d'étanchété affectués dans certaines parties du Palais de Chaillot en vertu d'un ordre de service ... ne peuvent être regardé commé sé rattachant à l'éxécution du marché ... que, portant sur un ouvrage distinct de celui qui a fait l'objet du marché, ils ne présentant pas par rapport à celui-ci le caractère de travaux supplémentaires, seuls visés par l'article 10, et constituent des travaux *hors marché*».

ومن ثم فقد قبل المجلس الطلبات المقدمة بخصوصها رغم مرور مدد السقوط •

٥ — واذا نص عقد الأشغال العامة على حق الادارة فى زيادة كميات الأعمال بنسب معينة « دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك • » فليس معنى هذا حرمانه من الحصول على قيمة ما يقوم به من تلك الأعمال ، والا كان معنى ذلك اثراء جهة الادارة المتعاقدة على حساب المقاول دون سبب ، وكل ما يؤدى اليه هذا النص هو الزام المقاول بأداء تلك الأعمال بنفس الأسعار التى تم الاتفاق عليها أصلا فى العقد وعدم حقه عن المطالبة بأى تعويض اضافى عن هذه الزيادة ، وكل ذلك مشروط بأن توفى الادارة من جانبها بالالتزامات التى يفرضها العقد عليها • فاذا ما أخلت بالتزاماتها فى هذا الشأن ، كان لمقاول على حق فى طلب المحاسبة عن تلك الأعمال على أساس ما تحمله فعلا ، فضلا عن المطالبة بتعويض الأضرار التى تكبدها بسبب خطأ الادارة • وفى الموضوع كان العقد ينص على أن تورد الادارة للمتعاقد كميات الحديد اللازمة للاشغال العامة بالسعر المتفق عليه • ولكن عند فرض الكميات الزائدة من الأشغال ، لم تورد الادارة للمقاول كميات الحديد اللازمة مما اضطره لشرائها بسعر السوق ، فقضى له الحكم بالتعويض على أساس فرق السعر ، مع الأرباح القانونية • (حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٩٧٨/٣/٢٥ ، مجموعة المبادىء ، ص ١٩٣٤)

ثانيا — صور الرقابة والتعديل ومداها

١ — يخضع مقاول الأشغال العامة لرقابة الادارة وتوجيهاتها منذ أول لحظة لتنفيذ العقد ، حتى نهايته : فالادارة هى التى تأمر بالبدء فى تنفيذ الأعمال • وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذى يسلم فيه الموقع للمقاول •

ويتولى رجال الادارة الفنيون تحديد خطوات سير العمل ، ومواعيد التسلم وفقا للمتفق عليه وما تستحدثه الادارة من تعديلات أثناء التنفيذ ، وللادارة أن تأمر بهدم ما تم من أعمال على خلاف المقرر ، واعادته من جديد على حساب المقاول • ولها بطبيعة الحال — وفقا لمقتضيات الصالح العام — أن تأمر بوقف العمل مؤقتا • ولكن

اذا تجاوز الوقف الحدود المعقولة ، فان للمقاول الحق فى طلب فسخ العقد مع الحصول على التعويضات اللازمة ·

وفى جميع الأحوال يلتزم المقاول بانهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت فى المواعيد المحددة (المادة ٨١ من اللائحة الجديدة) ·

٢ ـ وتمتد رقابة الادارة الى العمال والمهندسين الذى يستعملهم المقاول ، فكثيرا ما يتضمن العقد أو دفاتر الشروط نصوصا بهذا الخصوص · وقد أشارت محكمة القضاء الادارى المصرية فى أحكامها الى تلك الرقابة ، فهى فى حكمها الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٥٥ تقرر أن من حق الادارة أن تضع الشروط التى تراها ملائمة لظروف العمل محل التعاقد فى حدود القانون والمصلحة العامة ، ومنها أن تشترط على المتعاقد أن يكون المهندس المعين من قبله حاصلا على بكالوريوس الهندسة « ··· فاذا لم يقم المقاول بتعيين مهندس تتوافر فيه هذه الشروط ، كان للمصلحة الا توافق على تعيينه ، وكان على المقاول أن يستبدل به غيره ممن تتوافر فيه هذه الشروط · وليس للمهندس المستبدل حق الاعتراض ، ما دام أن المصلحة قد استهدفت من ذلك صالح العمل ·· »[1] كما أكدت فى حكمها الصادر فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٧ شرعية اشتراط الادارة على المقاول تعيين مهندس مقيد بنقابة المهندسين يتفرغ للعملية المتعاقد عليها ، ويقيم بمقر التفتيش أو بنقط العمل المختلفة التى يعينها التفتيش ، وذلك لضمان حسن سير العمل ، وكمال تنفيذه بحالة فنية ، ولتمكين التفتيش من التفاهم على الأعمال الفنية وتنفيذها مع ذى خبرة مؤهل يسهل التفاهم معه ، ويكون مسئولا

---

(١) حكمها الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٥٥ فى القضية رقم ٣٤٥٣ السنة ٧ قضائية ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة العاشرة ، ص ٢١ · وقد جاء فى الحكم أيضا أنه لا يقبل من المهندس طلب الغاء الشرط السابق من جميع العقود الحكومية ، لأن هذا الطلب يقتضى أن تكلف المحكمة جهة الادارة بالقيام بأمر معين « وهو مالا تملكه هذه المحكمة على ما استقر عليه قضاؤها » ·

ومفوضا من المقاول للقيام بالنيابة عنه فى اجراء وتنفيذ تفصيلات العمل طبقا لأحكام العقد ولامضاء كافة المستندات ٠٠ »[١] ٠

وتؤكد المحكمة الادارية العليا ذات المعنى فى حكمها الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٩ (س ١٥ ، ص ٣) حيث تعلن أن شرط تعيين مهندس تتوافر فيه شروط صلاحية معينة ، مقصود به تحقيق مصلحة المرفق إلعام ، فلا يجوز تعيين مساعد مهندس أو مندوب فنى « اذ فضلا عن مخالفة ذلك لنصوص العقد ، فانه ينطوى على اخلال بمصلحة المرفق التى نيط ضمانها بوجود مهندس بصلاحية معينة » ٠

وأخيرا ، فان المقاول ملزم وفقا للمادة ٧٧ من اللائحة الجديدة — والتى تقابل المادة ٨٨ من اللائحة الملغاة — بابعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام الشروط المتفق عليها ٠

٣ — وعلى المقاول أن يحترم لوائح البوليس ، وأن يحافظ على النظام ، وعلى سلامة المواطنين والعمال ، وقد أشار المشرع الى هذا الالتزام فى الفقرة الثانية من المادة ٧٧ السابقة والتى تنص على أن « يلتزم المقاول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد ٠ وتعتبر مسئوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة ٠ وفى حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق فى تنفيذها على نفقته » ٠

وللادارة أن تتدخل فى كل وقت لتحقيق الأغراض المنصوص عليها فى هذه المادة ، لا بصفتها متعاقدة فحسب ، بل بصفتها سلطة بوليس أيضا ٠.ولكنها اذا تدخلت بصفتها سلطة بوليس ، فان تدخلها يخضع لنظام قانونى آخر ، وفقا للقواعد العامة ٠

---

(١) القضية رقم ٤٧٢ لسنة ١٠ قضائية ، وزارة الأشغال ضد السيدين عوض عبد السلام محمد عوض وأحمد محمد الحفنى ٠

٤ ــ ولكن من المسلم به أن للادارة ألا تقتصر على حق رقابة المقاول وتوجيهه فى تنفيذ عقد الأشغال العامة ، بل لها أن تتدخل لتعدل من شروط العقد ، سواء أكان منصوصا على هذا الحق صراحة فى العقد أم لا[1] ، وان كان الغالب أن تتضمن عقود الأشغال العامة شروطا تسلم بحق الادارة فى تعديل شروط العقد بالزيادة أو بالنقص ، وتحدد مدى هذا التعديل • ولقد رأينا فيما سبق أن لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة قد جعلت من هذا الحق شرطا عاما فى جميع عقود االأشغال العامة ، وحددت نسبة التعديل فى المادة ٨٧ منها • ويخضع حق التعديل فى هذا المجال للقيود العامة المسلم بها ، فهو لا يتناول الا الشروط التى تتعلق بالمرفق ، وبالتالى لا يمكن أن يمتد الى باقى الشروط • ومن ثم فان المسلم به أن التعديل فى عقد الأشغال العامة لا يمكن أن يتناول الثمن بحال من الأحوال •

وتظهر سلطة التعديل كلما زاد اتصال الشرط بالمرفق العام ، والعكس • ولهذا قررت محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الاشارة اليه) « ••• أن القاعدة فى عقود الأشغال العامة أن المقاول يكون حرا فى اختيار مصادر وموارد المواد المستعملة فى العملية مادام العقد لم ينص على شىء من ذلك • أما اذا فرض العقد على المقاول محاجر معينة يأخذ منها هذه المواد ، فانه يجب عليه أخذ المواد من المحاجر المبينة فى العقد ، وليس له أن يشكو من نتائج هذا الاختيار ، مادام لم يقع خطأ من جهة الادارة • ومع ذلك فان له أن يطلب موافقة جهة الادارة عن استبدال هذه المحاجر بغيرها ، الا أن الادارة تتمتع فى هذا الصدد بسلطة تقديرية تخرج عن رقابة القضاء • فاذا حصل المقاول على موافقة جهة الادارة فليس له أن يطلب تعويضا بزعم أن المواد

---

(١) ومما له دلالته فى هذا الصدد ، أن جيز ــ الذى تنكر لحق الادارةفى التعديل سنة ١٩٤٥ ، اذا لم يرد به نص صريح فى القوانين واللوائح أو شروط العقد ــ عاد فسلم بهذا الحق فى عقدين من العقود الادارية ، وهما عقدا الامتياز والأشغال العامة ، لصلتهما الوثيقة بالمرفق العام • مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٧ •

أفضل ، أو أن يطلب مقابل التكاليف الزائدة فى النقل • أما اذا غير المقـاول المحاجر بمحض رغبته ، فانه يتحمل مخاطر هـذا التغيير وخصوصا فى حالة رفض المواد » •

ومن ناحية ثانية ، يتعين على الادارة حين تأمر بالزيادة أو النقص أن تحترم طبيعة العقد الأصلى ، بحيث لا يحول التعديل العقد الأصلى الى عقد آخر •

٥ ـ ولكن مجلس الدولة الفرنسى قد وضع فى هذا المجال بعض الضوابط التى يهتدى به فى تحديد حـق الادارة فى تعديل شروط عقود الأشغال العامة ، لاسيما ما يتعلق بالفكرتين التاليتين :

أولا : فكرة قلب اقتصاديات العقد ، وتغيير جوهره :

«Les notions de boulversement du contrat et d'attente à la substance ou essence du contrat».

مهما كانت سلطة الادارة فى تغيير شروط عقد الأشغال العامة ، فانه يجب ألا يغرب عن بال الادارة أنها بصدد التعاقد مع مقاول ، قدر ظروفه جيـدا قبل أن يقبل مختارا على التعـاقد ، ومن ثم فان الادارة ملزمة حين تلجأ الى حقها فى التعديل ، ألا تذهب الى الحد الذى يؤدى الى قـلب اقتصـاديات العقـد رأسا على عقب «Changement ou boulversement de l'économie générale du projet» ـ وهو التوجيه الذى يستعمله مجلس الدولة الفـرنسى كثيرا[1] ـ أو أن تغير من طبيعة العقد أو جـوهره «substance ou essence» كما روعى عند التعـاقد لأول مرة[2] •

وتستعمل محكمة القضاء الادارى المصرية اصطلاحات مشابهة •

---

(١) حكمه الصادر فى ٥ يونية سنة ١٩١٨ فى قضية (Daux) المجموعة ص ٥٣٦ ، وفى ٢٣ يونية ١٩٢٠ فى قضية (Brianon) المجموعة ص ٦٣٦ •

(٢) حكمه الصادر فى أول يوليو سنة ١٩١٤ فى قضية (Monin) المجموعة ص ٨٠١ وفى ٢٧ فبراير سـنة ١٩٢٥ فى قضـية (Dolfini) المجموعة ص ٢١٩ وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Belliard) المجموعة ص ٩٦٧ •

ومن ذلك قولها على سبيل المثال فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، بخصوص الأعباء الجديدة التى تفرضها الادارة على المتعاقد عن طريق التعديل : « ··· يجب أن تكون تلك الأعباء فى الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوعها وأهميتها لا أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصلى أو تبديل موضوعه أو انشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه ، أو أن تؤدى الأعباء الى ارهاق المتعاقد فتجاوز امكانياته الفنية أو الاقتصادية ··· » (سبقت الاشارة الى هذا الحكم) ·

ثانيا : فكرة الأعمال الجديدة : «La notion d'ouvrage nouveau»

وهذه الفكرة يستهدى بها مجلس الدولة الفرنسى أيضا فى تحديد سلطة الادارة فيما يتعلق بتعديل شروط عقد الأشغال العامة· والأعمال الجديدة التى لا يسمح مجلس الدولة الفرنسى بفرضها على متعاقد الأشغال العامة ، هى تلك التى يعتبر موضوعها غريبا عن العقد الأصلى ، بحيث لا تربطها به صلة اطلاقا ، أو التى يحتاج تنفيذها الى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك التى نص عليها فى العقد[١] ·

ومن ذلك أن تعهد الادارة الى مقاول الأشغال العامة ، بأعمال مختلفة عن الأعمال موضوع العقد ، وتقع على بعد ثلاثة كيلو مترات من موقع الأعمال الأصلية[٢] ، أو أن تأمر المتعاقد على القيام بأعمال

---

(١) يعرفها الأستاذ دى لوبادير بقوله ، وهو التعريف الذى اعتمدنا عليه :

«L'ouvrage nouveau est celui qui est étranger par son objet au travil prévu dans le contrat, sans rapport avec celui ci ou encore qui, quoique prévu en lui-même au contrat, serait exécuté dans des conditions entièrement nouvelles et différents de celles prévues».

وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٨ فبراير سنة ١٨٨٩ فى قضية (Corre) المجموعة ص ١٨٦ وفى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية (Viturel) المجموعة ص ٤٢٣ ·

(٢) حكمه الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٤٨ فى قضية (Ministre des armées) المجموعة ص ١٥٩ ·

الصيانة بانشاء أعمال جديدة مبتدأة[1] ، أو أن تكلف متعهد شق القنوات بأعمال التجفيف «des travaux d'étanchéité» [2] . أو أن تطلب من المتعاقد التزام طريقة جديدة فى التنفيذ غير الأولى بحيث تقلب له جميع التقديرات الأصلية تماما[3] . أو أن تغير مكان الأعمال الأصلية ، اذا كان من شأن ذلك ادخال تعديلات أصلية على شروط العقد[4] .. الخ .

وواضح من الأمثلة السابقة أن الأعمال الجديدة (L'ouvrage nouveau) تختلف فى طبيعتها عن الأعمال غير المتوقعة (L'ouvrage imprévu) والأعمال الاضافية (Les travaux supplementaires) التى يسمح مجلس الدولة الفرنسى للادارة بأن تكلف المتعاقد بتنفيذها عن طريق حقها فى التعديل .

والأعمال غير المتوقعة ، هى أعمال لم تظهر فى العقد ، ولكنها ليست غريبة عنه . ومن هذا القبيل طلب اعادة ترميم قناة ، تهدمت بسبب انهيار أحد الجسور أثناء انشاء احدى السكك الحديدية[5] ، أو نقل الأتربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض[6] ، أو انشاء قنوات جانبية لتصريف المياه بمناسبة انشاء أرصفة جديدة للمترو[7] ، أو

---

(١) حكمه الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٤٦ فى قضية (Ville d'Asinères) المجموعة ص ٧٦ .

(٢) حكمه الصادر فى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ قضية (Viturel) المجموعة ص ٤٣٣ .

(٣) حكمه فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٨٦ فى قضية (Jouffert) المجموعة ص ٨٧٣ .

(٤) حكمه فى ٣٠ يونية سنة ١٩٠٥ فى قضية (Baruel) المجموعة ص ٦٠٢ .

(٥) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ فى قضية (Départ. Seine inférieure)

(٦) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية (Dep. de l'Aisne) المجموعة ص ١١٤٠ .

(٧) حكم المجلس الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Entr. coop. française) المجموعة ص ٩٣١ .

الاستعاضة عن القنطرة ذات الفتحة الواحدة بأخرى ذات خمس فتحات[١] ... الخ .

أما الأعمال الاضافية ، فهى أيضا أعمال لم تظهر فى العقد ، ولكن قائمة الأسعار توقعتها وحددت أسعارها . ومثال ذلك طلب مد السد المتفق عليه فى العقد مسافة اضافية لأن النهر غير مجراه على غير المتوقع[٢] . ومنها أيضا الأعمال التى تعتبر تكملة طبيعية للعقد ، فيجوز للادارة أن تطالب المتعاقد بانجازها ولو بعد انتهاء الأعمال الأصلية .

وفائدة التفرقة بين الأعمال غير المتوقعة والأعمال الاضافية ، ترجع الى كيفية تحديد الثمن فى الحالتين : ففى الحالة الأولى يقدر الثمن استقلالا عن الثمن المتفق عليه فى العقد . أما فى الحالة الثانية فان الثمن يقدر على أساس السعر الوارد فى العقد ، مع ملاحظة أن الحالتين كثيرا ما تتداخلان فى العمل ، كما أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى ـ كما لاحظ الفقهاء ـ لا يجرى على التمييز بين الحالتين بدقة ، بل انه لا يلتزمه فى بعض الحالات[٣] .

٦ ـ ويترتب على مجاوزة الادارة لحدود سلطتها فى الرقابة والتعديل ، حق المتعاقد فى طلب التعويض أو الفسخ ، كما سنرى تفصيلا فيما بعد .

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٠ يوليو سنة ١٨٧٧ فى قضية (Barnay) المجموعة ص ٧٢٧ .

(٢) راجع أحكام المجلس الصادرة فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ فى قضية (Etabli. Brissent) المجموعة ص ١٣٢ ، وفى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ فى قضية (Etabli. Descours) المجموعة ص ١٠٣٠ وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٦ فى قضية (Ville de Nimes)

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ فى قضية (Et. Decours) المجموعة ص ١٠٣٠ وفى ٨ مارس سنة ١٩٤٦ فى قضية (Ville d'Asnière) المجموعة ص ٧٦ .

٣ - § سلطة التعديل فى عقود التوريد

١ - تقوم عقود التوريد على أساس تسليم منقولات للادارة ، ولما كانت سلطة التعديل تستند أساسا الى صلة العقد بالمرفق العام ، وكانت صلة التوريد بالمرفق ليست بدرجة وضوح صلة العقدين الآخرين به فقد كان الشائع حتى عهد قريب أن سلطة التعديل فى نطاق عقود التوريد انما تمارس فى أضيق حدود ٠

ولكن الفقه الحديث يميز فى نطاق عقود التوريد الادارية بين نوعين منها : عقود التوريد العادية (Les marchés ordinaires de fournitures» وعقود التوريد الصناعية (Les marchés industriels ou de fabrication) ويميز بين سلطة الادارة فى الحالتين :

٢ - أما فى نطاق عقود التوريد العادية : فان رقابة الادارة تتجلى بشكل واضح فيما يتعلق بفحص البضائع تمهيدا لتسلمها نهائيا «reception» وقد تولى بيان ذلك ، الفصل الثالث من اللائحة الجديدة فى المواد من ٨٨ الى ٩٢ ٠

أما فيما يتعلق بالاشراف والتوجيه أو التعديل قبل التسليم ، فان الأصل أن يرجع بخصوصه الى شروط العقد ، ودفاتر الشروط ٠ فاذا التزم العقد الصمت فان الأصل أن يترك للمورد حرية التوريد على مسئوليته[١] ٠

ولكن نظرا لضعف صلة عقود التوريد العادية بالمرفق العام ، فان بعض الفقهاء ينازعون فى حق الادارة فى تعديل كمية البضائع المتفق على توريدها بالنقص أو بالزيادة ٠ وأحكام مجلس الدولة

---

(١) وعلى هذا الأساس يقول الفقيه جيز فى مؤلفه فى العقود ، الجزء الأول ص ٤٣١ :

«Le silence du contrat signifie que le fournisseur a l'initiative et le choix des moyns».

الفرنسى فى هذا المجال قليلة ، ولكنه أعلن صراحة عن حق الادارة فى تعديل شروط عقد التوريد بالنقص أو بالزيادة[1] ٠

ولهذا وقف الفقيه دى لوبادير موقفا وسطا فى هذا الصدد ، فسلم بحق الادارة فى تعديل شروط عقود التوريد ٠ ولكنه يرى أن سلطة الادارة فى هذا الصدد هى سلطة مقيدة ، منوطة بقيام ظروف ملحة تستدعى هذا التعديل ، كالغاء المرفق أو اعادة تنظيمه بشكل يجعل ظروفه الجديدة لا تتفق مع شروط عقد التوريد[2] ٠

٣ ـ أما فى عقود التوريد الصناعية : فان الوضع مختلف ، لأن الادارة لا تتفق على مجرد التوريد ولكن على نوع الصناعة أيضا ، لا سيما اذا انصب موضوع التعاقد على أشياء ذات أهمية خاصة تتعلق بالجهود الحربية مثلا ، فحينئذ لا تقتصر رقابة الادارة على مجرد التسليم ، ولكن يكون لها متابعة المتعاقد أثناء تنفيذ العقد على النحو الذى رأيناه عند دراسة الرقابة فى عقود الأشغال العامة ٠

ولكن معظم هذا المجال ، قد نظمته دفاتر الشروط الخاصة فى فرنسا ٠

٤ ـ وفى مصر كان هذا الموضوع قد حسم تشريعيا فى ظل المادة ٨٧ من اللائحة الملغاة والتى تحتفظ للوزارة أو المصلحة أو السلاح بالحق فى تعديل العقد بالزيادة أو النقص فى حدود ١٥٪ فى عقود التوريد و ٣٠٪ فى عقود توريد الأغذية ٠ وهذا النص كان استمرارا لما كان مقررا فى لائحة المخازن والمشتريات ٠ وقد أكدت محكمة القضاء الادارى المصرية أن نصوص لائحة المخازن والمشتريات ليست الا ترديدا للمبدأ العام الذى يسمح للادارة بتعديل شروط العقود الادارية ٠ وكان ذلك فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (وقد سبقت الاشارة اليه) حيث تقول : « ومن حيث

---

(١) حكمه الصادر فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ فى قضية (Olmer)

(٢) مطوله فى العقود الجزء الثانى ص ٤٠٦ ٠

أن سلطة الادارة فى تعديل عقود التوريد من حيث الزيادة أو النقص فى الكميات المتفق على توريدها قد تضمنتها لائحة المخازن والمشتريات المصدق عليها من مجلس الوزراء فى ٦ يونية سنة ١٩٤٨ ، اذا نص البند السادس من المادة ١٣٧ من هذه اللائحة على ما يأتى (المادة) ويبين من مراجعة التشريعات التى صدرت فى شأن العقود الادارية أن هذا النص لا يزال قائما (واستعرضت المحكمة تلك النصوص السابقة على لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة) ثم قالت ٠٠ ومن حيث انه يبين من ذلك أن هناك قاعدة تنظيمية مقررة بالنسبة للحد الأقصى للكميات التى تكون محلا للتوريد وهى ألا يجاوز تعديل العقد بشأنها نسبة مئوية معينة زيادة أو نقصا ، وأن أقصى هذه النسبة فيما يتعلق بعقود توريد الأغذية ٢٠٪ (وذلك قبل رفع هذه النسبة الى ٣٠٪ فى لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة) وبذلك وضعت القاعدة معيارا ماديا للحد الطبيعى المعقول الذى يستطيع المتعاقد مع الادارة تحمل أعبائه ويلتزم بتنفيذه ٠٠ » ٠

وكانت ظروف القضية التى صدر فيها الحكم السابق ، أن الوزارة تعاقدت مع ثلاثة أفراد على توريد كمية من الدقيق ، فتخلف أحدهم عن تنفيذ عقده ، فأصدرت الادارة أمرا الى المتعاقدين الآخرين بتوريد الكمية التى نكل عن توريدها المتعاقد الثالث ، مما رفع نصيب الطاعن من ٥٠٠ جوال الى ١٥٠٠ جوال ٠ فلما طعن فى هذا الأمر قالت المحكمة « ٠٠ وهذه زيادة فاحشة جدا وتتجاوز النسبة المئوية المقررة فى لائحة المخازن والمشتريات ، كما تجاوز الحدود الطبيعية المعقولة لمقدار الأعباء التى يصح أن يتحملها المدعى عليه ، وتخرج عن نطاق ما كان يتوقعه عند تعاقده مع الوزارة » ثم استطردت المحكمة قائلة : « ٠٠ ان عجز أحد المتعاقدين مع الوزارة عن الوفاء بالتزامه بتوريد الكمية المتفق عليها معه ، لا يبيح للوزارة أن تنقل بارادتها المنفردة عبء هذا الالتزام نفسه أو جزء منه الى آخر ، بل

يتعين عليها أن تطبق نصوص العقد على المتعاقد المتخلف ، فتصادر التأمين المدفوع منه ، وتنفذ العملية على حسابه وترجع عليه بالتعويض ·· ومن ثم فان المدعى عليه كان محقا فى الامتناع عن توريد هذه الكمية بنفس شروط عقده ، اعتبارا بأن طلب الوزارة بشأنها انما هو عرض جديد من جانبها عن كمية أخرى غير الكمية المتعاقد عليها ، وكان على الوزارة اما أن تقبل شروطه الجديدة عن توريد هذه الكمية ، واما أن ترفضها على اعتبار أن الكمية المذكورة هى موضوع تعاقد جديد مستقل عن االتعاقد الأصلى القائم بينهما ، ولم يكن من حق الوزارة أن تجبره على التنفيذ أو أن توقع عليه الجزاء الخاص بالمتعاقد المتخلف عن التنفيذ ، وهو مصادرة التأمين وتنفيذ العملية على حسابه ، وتحت مسئوليته » ·

ولما كانت لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة لم تتضمن الأحكام التفصيلية السابقة ، فان هذا الأمر أصبح متروكا للقواعد العامة على النحو الذى ذكرناه فيما سبق ·

ثم انه ليس من الضرورى أن يقتصر التعديل فى عقد التوريد على الكمية ، فقد ينصرف الى المواصفات مما كشف عنه حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (ص ١٣ ص ٨٩٧) حيث نص العقد على توريد دجاج وأرانب حية ، ولكن الادارة طالبت بتوريدها مذبوحة ، ومنزوعة الأحشاء · فقالت المحكمة ان هذا الذى طلبته الادارة فى حقيقته « تعديل لشروط العقد تملكه الادارة المتعاقدة على أن تعوض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل » ·

٥ ـ وتحديد حق الادارة فى التعديل بنسبة معينة فى عقود التوريد مما كان مقررا فى اللائحة الملغاة ، كان من شأنه أن يسهل من الرقابة · أما حقوق المتعاقد فى حالة مخالفة الادارة لهذا الحد ، فقد أوضحها حكم محكمة القضاء الادارى المشار اليه فى الفقرة

السابقة ، والتى ما تزال تحتفظ بقيمتها فى الوضع الحالى ، ولكن السلطة التقديرية للقضاء الادارى قد زادت ٠

المبحث الثالث

حق الادارة فى توقيع جزاءات على المتعاقد

١ - اذا أخل المتعاقد مع الادارة بالتزاماته التعاقدية - بأن أهمل أو قصر فى التنفيذ ، أو لم يحترم المدد المحددة للتنفيذ ، أو تنازل عن العقد ٠٠ الخ - فان للادارة أن توقع عليه جزاءات ، وهنا أيضا تختلف الجزاءات فى نطاق عقود الادارة عن نظيرتها فى العقود المدنية ، لاختلاف الهدف فى كل من النظامين ٠ وبمقارنة النوعين نجد أن ثمة جزاءات فى المجال الادارى لا نظير لها فى القانون المدنى والعكس ٠ هذا من ناحية ٠ ومن ناحية أخرى فان الجزاءات المتشابهة فى القانونين تخضع لنظام قانونى مختلف ، كما سنرى تفصيلا فيما بعد ٠

٢ - والجزاءات التى تملك الادارة توقيعها متنوعة ، ولكن يمكن مع ذلك ردها الى الأنواع التالية :

أولا - الجزاءا المالية : «Les sanctions pécuniaires» ، وهذه الجزاءات - كما يدل عليه اسمها - عبارة عن مبالغ من المال توقع على المتعاقد اذا أخل بالتزاماته ٠

ثانيا - وسائل الضغط والاكراه : «Les sanctions coercitives» وتستهدف هذه الوسائل اجبار المتعاقد المقصر أو المتخاذل على الوفاء بالتزاماته ٠

ثالثا - الفسخ : «La résiliation du contrat (ou déchéance)» وذلك بانهاء الرابطة التعاقدية ٠

رابعا - العقوبات الجنائية : «Les sanctions pénale» وذلك فى حالات نادرة ٠

٣ — ولقد أجملت محكمة القضاء الادارى تلك المبادىء في حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧[1] حيث تقول : « ان كل اخلال من جانب المتعاقد مع الادارة لا يقتصر على أن يكون اخلالا بالتزام تعاقدى فحسب ، وانما فيه أيضا مساس بالمرفق العام الذى يتصل بالعقد . واتصال العقد الادارى بالمرفق العام ، وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واطراد ... يوجب أن تكون الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ، ثم سلطة معنى العقوبة ، ولا تتفق مع أحكام القانون المدنى . ومن هذه الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ، ثم سلطة التنفيذ المباشر بأن تحل الادارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام أو أن تعهد بتنفيذه الى شخص آخر . ويتم هذا الاجراء على حساب وتحت مسئولية المتعاقد مع الادارة ، فيتحمل نتائجه المالية . وثالث هذه الجزاءات حق الادارة في الفسخ أى الغاء العقد بدون الالتجاء الى القضاء ، وذلك في حالة تقصير المتعاقد مع الادارة تقصيرا جسيما ... ومن حيث ان هذه الجزاءات هي ضمانات جرى العرف الادارى على ذكرها في العقود الادارية ، وان كانت لا تستقيم مع قواعد القانون المدنى ، اذ أن جميع الجزاءات التى يقررها القانون المدنى من فسخ أو تنفيذ عينى مع التعويض في الحالتين ان كان له مقتضى ، لا تكفى للحيلولة دون عبث المتعاقد مع جهة الادارة ، واخلاله بالصالح العام ، بل لابد لصيانة الصالح العام والأمن العام من وجود جزاءات رادعة يجرى توقيعها على المتعهد المتخلف أو المقصر دون اتباع أى قواعد أو اجراءات ضيقة أو بطيئة كقواعد القانون المدنى ، لأن قواعد هذا القانون لا تستقيم مع السرعة والليونة التى يستلزمها حسن سير المرافق العامة . وهذه هى العلة في انطواء مثل هذه الجزاءات في الواقع على معنى العقوبة ، بل هى في الواقع عقوبة يجرى توقيعها على المتعهد المتخلف بمجرد قيام سببها ، وبصرف النظر عن القواعد التى يقررها القانون الخاص .. » .

(١) القضية رقم ٤١٨٦ لسنة ١ قضية ، السيد صلاح الدين جلال ضد وزارة الحربية والبحرية .

ولقد أيدت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء ، فهى عند الحديث عن عقوبة من العقوبات التي توقعها الادارة على المتعاقد معها تحرص على ربطها بالمبدأ العام ، وترجعها الى أساسها المتعلق بتسيير المرفق العام • فهى تقول مثلا فى حكمها الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٤٥٩) « ••• ان الشراء على حساب المتعاقد المقصر ، وسيلة من وسائل الضغط التى تستخدمها الادارة لارغام المتعاقد معها على تنفيذ العقد ، وهى جزاء من الجزاءات التى تملك الادارة توقيعها على المتعاقد معها ، والتى جرى العرف الادارى على اشتراطها فى العقود الادارية • والملحوظ فى هذه الجزاءات أنها لا تتقيد فى أحكامها بقواعد القانون المدنى حتى تتلاءم مع السرعة والمرونة التى يقتضيها حسن سير المرافق العامة » •

وهى تردد ذات المبدأ فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦١ (السنة ٧ ص ١٠٢) حينما تصف التنفيذ على حساب المتعاقد بأنه « ••• تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا ، تقوم به الادارة بنفسها عند اخلال المتعاقد معها بتعهده ضمانا لحسن سير المرافق العامة واطراد سيرها ، ومنعا من تعطلها بما قد يعرض المصلحة العامة للضرر اذا توقفت هذه المرافق » •

وفى حكمها الصادر فى ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ٢٢٢) تقول : « من المبادىء المسلمة فى فقه القانون الادارى أن غرامات التأخير فى العقود الادارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود فى المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، ولذا فان الغرامات التى ينص عليها فى تلك العقود توقعها جهات الادارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم باثبات حصول الضرر ••• » •

٤ ــ وبصرف النظر عن النظام القانونى الخاص بكل نوع من هذه الجزاءات على حدة ، فان الجزاءات الادارية جميعها تخضع لبعض الخصائص المشتركة ، ومن ثم فاننا نعرض لهذه الخصائص ، ثم ندرس بالتفصيل النظام القانونى الخاص بكل نوع من الجزاءات على حدة •

المطلب الأول

الخصائص المشتركة للجزاءات الادارية

أ ـ § حق الادارة فى توقيع الجزاء بنفسها

١ ـ ففى هذا المجال تتمتع الادارة بحرية التصرف «Le privilège de préalable» التى لا مقابل لها فى القانون الخاص · ومن ثم فانها تستطيع أن توقع الجزاء بنفسها ، دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء مقدما ، وذلك تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال ·

وهذا الحق يغطى ـ كقاعدة عامة ـ جميع أنواع الجزاءات التى توقع على المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية والتى أشرنا اليها فيما سلف · وهو ما سلمت به محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ··· ومن حيث انه وان كان للادارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد اذا ما قصر فى تنفيذ التزاماته ، فانه يتعين الافصاح عن رغبة جهة الادارة فى استعمال سلطتها هذه ولابد من صدور قرار ادارى »[1] · كما أكدته المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ والمشار اليه فيما سبق ·

٢ ـ ولكن استثناء من هذه القاعدة العامة ، فان مجلس الدولة الفرنسى يستثنى عقوبة واحدة من العقوبات ، وهى عقوبة اسقاط الالتزام «La déchéance du concessionnaire» فيجعل توقيعها للقضاء، كما سنرى تفصيلا فيما بعد عند دراسة نهاية العقود الادارية ·

وأحكام القضاء الادارى المصرى فى هذا المجال قليلة ، ومنها حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ·· ولها (الادارة) أن توقع عليه (الملتزم) الجزاءات ·· واذا كان سحب الالتزام ـ بعد أخذ رأى مجلس النقل الاستشارى

---

(١) القضية رقم ١٧٣٨ ، لسنة ١٠ قضائية وزارة الصحة ضد السيد عبد الحليم محمد عطاء مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ، ص ٢٧٢ ·

وموافقة مجلس الوزراء طبقا لما تقضى به المادة الثامنة من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٠ فى شأن النقل العام للركاب - يعتبر جزاء شديدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة ، فان التجاء الادارة اليه لا يكون الا فى أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الأهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق وأداء الخدمات المطلوبة »[1] ٠

كما أن المحكمة الادارية العليا قد أقرت حق الادارة فى سحب التزام بادارة سوق فى حالة ارتكاب الملتزم خطأ جسيما ، فهى تقول : « ومن حيث ان الادارة عندما قامت بسحب الالتزام من المدعى ، ومصادرة التأمين النهائى بالتطبيق لأحكام المادتين ٢٩ و ٣٠ من شروط الالتزام ، انما كان ذلك بسبب اخلال المدعى بشروط العقد ٠٠ وهو جزاء من قبيل الجزاءات التى تملك جهة الادارة توقيعها على المتعاقد معها عند اخلاله بالتزاماته » ٠ (حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ ، س ١٧ ، ص ٥٧٦) ٠

ثم ان فتاوى قسم الرأى مستقرة على أن للادارة الحق فى أن توقع عقوبة الاسقاط بنفسها دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء ٠ ومن ذلك على سبيل المثال فتوى الجمعيةالعمومية للقسم الاستشارى رقم٥٩ فى فبراير سنة ١٩٥٨ (مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٦٤) حيث تقول : « ان اسقاط الامتياز ما هو الا جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفها فى ادارته للمرفق بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان الى استمراره فى ادارة المرفق وتسييره ٠ وفى هذه الحالة لا تقوم السلطة مانحة الالتزام بتعويض الملتزم نتيجة اسقاط التزامه »[2] ٠

---

(١) مجموعة أحكام محكمة القضاء الادارى ، السنة ١١ ص ٢٣٩ ٠

(٢) واستطردت الفتوى تقول : « ٠٠٠ والاسقاط من هذه الوجهة يختلف عن الاسترداد ، اذ من حق السلطة مانحة الالتزام أن تسترد المرفق فى أى وقت تشاء من قبل انتهاء مدة الامتياز ٠٠ » ٠

وراجع أيضا فتوى القسم مجتمعا رقم ٢٨٠ فى ١٩٥٢/٥/٣ ، المجموعة السابقة ، ص ٦٧ وفتواه رقم ٣١ فى ١٩٥٣/١/٢٨ ، المجموعة ذاتها ، ص ٧٠ ٠

٣ — واذا قررت الادارة توقيـع الجزاء بنفسها ، فانها تترخص فى اختيار وقت توقيعـه ، وذلك اذا لم يحدد العقد ميعادا لذلك • ولا يستطيع المتعاقد — كما تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١١٠٠) — المحاجة بأن « الادارة تراخت فى توقيع الجزاء ، وأن تراخيها أساء اليه ، اذ لا يسوغ للمخطىء أن يستفيد من تقصيره »

٤ — على أنه اذا كان للادارة أن توقع الجزاء بنفسـها ، فانهـا تفعل ذلك على مسئوليتها تحت رقابة القضـاء[1] • وبالتالى فان لها أن تسـلك الطـريق الأحـوط ، فتطلب من قاضى العقـد أن يحكم بتوقيع الجـزاء الذى يراه مناسبا حتى تأمن جـانب المسئولية • على أن مجلس الدولة الفرنسى يمتنع عن الحكم بجزاءات بنـاء على طلب جهة الادارة المتعاقدة فى حالة ما اذا كان العقد يحتفظ لجهة ادارية أخرى بحق توقيع الجزاءات عن المخالفات التى يرتكبها المتعـاقد • وبنـاء على هـذا الأساس رفض أن يجيب المجلس البلدى الى طلبـه بفسـخ عقد الامتياز ، لأن العقد المطلوب فسـخة يحتفظ بهذا الحق للمحافظ (préfet)[2] •

٢ — § تمتع الادارة بحق توقيع الجزاء ولو لم ينص عليه فى العقد

١ — ينص العقد عادة على مختلف الجزاءات التى يجـوز للادارة أن توقعهـا على المتعاقد المقصر • ولكن المسلم به فى قضـاء مجلس الدولة الفرنسى أن سلطة توقيـع الجزاءات هى سلطـة مستقلة عن نصوص العقد ، توجد حتى ولو لم ينص عليها فى العقد • واذا نص

(١) وبهذا المعنى ترد المحكمة الادارية العليا على من يتخوفون من سلطة الادارة فى هذا الصـدد بقولها : « والقول أنه (هـذا الحق) يطلق يد الادارة فى توقيع الغرامة التى تقدرها بلا قيد من حيث مقدارها ، هذا القول مردود بأن اسـتعمال الادارة حقها المخول لها من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضـاء الادارى للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف » •
(حكمها فى ١٣ مايو سنة ١٩٦١ ، السنة ٦ ص ١٠١٢) •

(٢) حكمه الصادر فى ٢٤ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية (Depeanque) المجموعة ص ٥٤١ •

العقد على بعضها فان ذلك لا يعنى تقييد حرية الادارة فيما عدا ما نص عليه ، بل تستطيع الادارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة · وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسى من تاريخ متقدم فى حكمه الرئيسى الصادر فى ١٣ مايو سنة ١٩٠٧ فى قضية (Deplanque)[1] ·

وهو ما أخذت به محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٩٩٨ لسنة ١٠ قضائية بخصوص جزاء وقعته الادارة على المتعاقد المقصر رغم عدم النص على ذلك فى العقد حيث تقول « ··· ومن ثم فليس بالذى يعتد به ما يقول به المدعى فى مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة فى مصادرة التأمين،لأنه مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ ··· فلا يمكن تصور قيام هذ الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين فى حالة عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص فى الشروط على هذا الحق ، والا لما كان هناك محل أصلا لا شتراط دفع تأمين مع العطاء ·· »[2] ·

٢ ــ وهذه القاعدة تتضمن الأحكام الآتية :

(أ)أن خلو العقد من الجزاءات لا يجرد الادارة من الحق فى أن تستبدل به غيره[1] ·

(ب) أن النص على بعض الجزاءات لا يحول دون توقيع باقيها ·

(جـ) أن وضع جزاءات لبعض المخالفات لا يقيد الادارة فى توقيع جزاءات عن المخالفات الأخرى ·

(د) ولكن اذا توقع العقد خطأ معينا ووضع له جزاء بعينه ، فيجب

---

(١) المجموعة ص ٥١٤ · ومنشور أيضا فى مجموعة سيرى سنة ١٩٠٧ القسم الثالث ص ١١٣ مع تقرير روميو ، وتعليق هوريو ·

(٢) السيد نيقولا فاسيلوبولو ضد وزارة المالية والاقتصاد ·

أن تتقيد الادارة بهذا الجزاء ، بحيث لا يجوز لها ـ كقاعدة عامة ـ أن تستبدل به غيره[١] ٠

ولكن الملاحظ أن القضاء لم يعمل الحكم الأخير على اطلاقه الا بالنسبة للجزاءات المالية كما سنرى ٠ أما فيما عداها من الجزاءات ، فان مجلس الدولة الفرنسى يستهدى بالقاعدة السابقة كتوجيه عام ، بدليل أنه فى بعض الأحكام قد خرج على الجزاء المتفق عليه بالنسبة الى مخالفات معينة : اما بالتخفيف اذا قدر أن العقوبة المتفق عليها مغالى فيها ٠ ومثال ذلك اكتفاؤه بوضع المرفق تحت الحراسة بدل عقوبة توقيع الفسخ المنصوص عليها فى العقد[٢] ٠ واما بالتشديد اذا قدر أن جسامة المخالفة لا تتفق مع العقوبة المنصوص عليها فى العقد ، كالاستعاضة عن العقوبة المنصوص عليها بالفسخ[٣] ٠

ولقد أتيح للمحكمة الادارية العليا أن تبلور كثيرا من هذه المبادىء فى أحكامها ، ومنها على سبيل المثال حكمها الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٥ (س ١١ ، ص ٥٢) حيث تقرر أنه يجوز الجمع بين مصادرة التأمين والفسخ والتعويض ، وتوصل ذلك بقولها : « وغنى عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بألا يحظر العقد الادارى صراحة هذا الجمع ، وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين ، بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين » ٠ (وبذات المعنى حكمها الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٦٦ س ١٢ ص ٢٦٠) ٠

---

(١) تقرير المفوض روميو فى حكم (Deplanque) المشار اليه فى الهامش السابق وقد جاء فيه :

«On ne saurait substituer une sanction autre que celle dont les parties sont convenues dans lecar marché».

وراجع حكم المجلس الصادر فى ٤ أبريل سنة ١٩١٤ فى قضية (Départ. de la Vendée) المجموعة ص ٤٨٩ ٠

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية (Guillet Finelly) المجموعة ص ٦٦١ وفى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٨ فى قضية (Ville de Lattens) المجموعة ص ٤٨١ ٠

(٣) حكمه فى ٢ يوليو سنة ١٩٢٤ فى قضية (Giron) المجموعة ص ٦٢٨ ٠

وفى حكمها الصادر فى ٨ أبريل سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ٨٨٢) تضع القاعدة العامة بقولها : « ومن حيث انه من الأمور المسلمة فى فقه القانون الادارى أنه اذا ما أخل المتعاقد مع جهة الادارة بالتزماته التعاقدية فلها أن توقع عليه جزاءات متنوعة منها الجزاءات المالية ومنها بعض أساليب الضغط ... ووفقا لهذا التنظيم يحق لجهة الادارة أن توقع أحد الجزاءين أو كليهما وفقا لظروف الحالة ، كما يجوز لها أن تجمع بينهما » .

وفى ذات الحكم قررت المحكمة ـ كما ذكرنا ـ أنه لما كان العقد الادارى عقدا ، وليس عملا شرطيا فانه « اذا ما توقع المتعاقدان فى العقد الادارى خطأ معينا ووضعا له جزاء ، فيجب أن تتقيد جهة الادارة بما جاء فى العقد ، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق فى شأنه نصوص لائحة المناقصات » .

وفى حكمها الحديث الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٨٦ (الطعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٧ قضائية) تلخص المبادىء المقررة فى هذا الصدد حيث تقول :

ـ للادارة سلطة تحديد مبدأ حساب غرامة التأخير عند تأخر المقاول فى تسليم العمل فى الموعد المحدد ، وتحديد الأعمال التى تحسب على أساسها غرامة التأخير .

ـ اذا كانت الأعمال التى تراخى المقاول فى تنفيذها تحول دون الاستفادة بالمشروع المتعاقد عليه على الوجه الأكمل ، تحسب غرامة التأخير على أساس قيمة ختامى العملية .

ـ اذا رأت جهة الادارة أن الأعمال المتأخرة لا تبلغ من الأهمية الحد الذى يحول دون استفادتها بالمشروع رغم تراخى المقاول فى تفيذها ، يكون حساب الغرامة على أساس قيمة الأعمال المتأخرة .

ـ تحديد مدى أهمية الأعمال المتاخرة ومدى تأثيرها على الاستفادة من المشروع يدخل فى نطاق السلطة التقديرية لجهة الادارة بغير معقب عليها ، مادامت تستهدف وجه الصالح العام .

٣ — § ضرورة اعذار المتعاقد قبل توقيع العقوبة

١ — يفرض مجلس الدولة الفرنسى على الادارة — كقاعدة عامة — أن تنذر المتعاقد المخطىء ، وأن تنبهه الى خطئه قبل توقيع الجزاء (La mise en demeure préalable). وهذا الالتزام لاشك فيه بالنسبة الى بعض الجزاءات ، مثل غرامات التأخير (penalités de retard) وفى حالة الفسخ (resiliation) ويتشكك بعض الفقهاء فى ضرورته بالنسبة الى بعض الجزاءات الأخرى ، كوضع المشروع تحت الحراسة (La mise sous séquestre) [1] ولكن بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى يستفاد منها تعميم الالتزام السابق ، لاسيما حكمه الصادر فى ١١ يوليو سنة ١٩٤١ فى قضية (Grenouiller) [2] .

ولقد وجدنا حكما قديما لمحكمة القضاء الادارى صادرا فى ٢١ يونية سنة ١٩٥٣ (س ٧ ، ص ١٦٤٣) يجعل من الالتزام السابق قاعدة عامة ، وان كان ذلك الحكم قد استند الى نصوص القانون المدنى حيث يقول : « ... والأصل أن تخلف أحد المتعاقدين فى التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشىء حقا فى التعويض الا باعذار الطرف المتخلف وفقا لأحكام المادة ١٢٠ من القانون المدنى الملغى والمادة ٢١٨ من القانون المدنى الجديد ، اذ أن المسئولية التعاقدية الناشئة عن التأخير يجب لاستحقاق التعويض عنها اعذار المدين كما يجب أن يتم هذا الاعذار فور التأخير ، وأن يتضمن تكليفاً بالتنفيذ» . كما أن بعض مواد اللائحة تشترط الاعذار صراحة قبل الالتجاء الى توقيع الجزاء ، فالمادة ٨٢ من اللائحة الجديدة (والتى تقابل المادة ٩٤ من اللائحة الملغاة) مثلا توجب اخطار المقاول الذى يخل بشرط التعاقد ، بوجوب اصلاح الخطأ « خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول » وذلك قبل توقيع الجزاءات المقررة فى المادة .

---

(١) راجع مؤلف جيز فى العقود الجزء الثالث ، ص ٨٩٥ .

(٢) المجموعة ص ١٢٤ ، وقد جاء فى هذا الحكم قول المجلس :—

«Aucune clause du contrat ne dispensait la commune en cas d'inexécution par le avant contractant d'un de ses engagements de l'obligation de la mettre en demeure que ne soient prises les sanctions que pouvaient comporter ses manquements».

٢ — ولكن مجلس الدولة الفرنسى يضع على القـاعدة السابقة الاستثناءات التالية :

(أ) تعفى الادارة من الاعذار اذا تضمن العقد شرطا بهذا المعنى أو اذا ورد حكم به فى دفاتر الشروط أو فى نص من النصوص[١] .

(ب) كذلك أعفى المجلس الادارة من شرط الاعـذار اذا كانت الظروف تضفى على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة (un caractère urgent et impérieux) ومثال ذلك تسليم المشتروات المتعلقة بالمجهود الحربى فى مواعيدها ، فمجرد حلول الموعـد ، يعتبر بذاته اعذارا للمتعاقد بالوفاء[٢] .

٣ — ولكن الاعذار ليس له شكل محدد ، وليست الادارة ملزمة بأن تذكر المتعـاقد بكافة تفاصيل التزاماته التى قصر فى الوفـاء بها[٣] . كما أن الادارة اذا عدلت عن الانذار بعد توجيهه ، فـانه يتعين عليها أن تعيده من جديد اذا أرادت العودة الى التمسك بالخطأ المنسوب الى المتعـاقد[٤] ، ولكن يجب أن يكون العـدول صريحـا ، ونتيجة موقف ايجابى من الادارة ، ولا يكفى فى هذا الصـدد مجرد التراخى أو مرور وقت طويل بين الاعذار وبين توقيع الجزاء[٥] .

§ ٤ — خضوع الادارة فى توقيع الجزاءات لرقابة القضاء

١ — وهذه الرقابة القضائية توازن سلطات الادارة الواسعة فى

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية (Léoni) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٥ فبراير سنة ١٩١٩ فى قضية (Lévy) المجموعة ص ١١٩ وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٠ فى قضية (Chalas) المجموعة ص ٢٧٠ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٥ فى قضية [illegible] publicité) المجموعة ص ٤٠ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ١١ يوليو سنة ١٩٢٩ فى قضية (Entreprise Delage) المجموعة ص ٤٧٢ .

(٥) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٠ فى قضية (Sté générale de publicité) المجموعة ص ٤٠ .

هـذا المجال ، وتمثل ضمانه فعالة للمتعاقد ، ضد تعسف الادارة أو مخالفتها للقانون ٠

والمسلم به أن رقابة القضاء فى هذا الصدد هى من قبيل القضاء الكامل ، ومن ثم فان سلطاته واسعة ، تتناول مشروعية القرارات الصادرة من الادارة بتوقيع الجزاءات ، سواء من حيث الشكل أو الاخصاص ، أو مخالفة القانون أو التعسف أو الانحراف ، ولكنها لا تقف عند الحد السابق ، بل تمتد الى البواعث التى حدت بالادارة الى توقيع الجزاء (contrôle des motifs) كما تتناول أسبابه ٠ فيقدر القضاء ما اذا كان المتعاقد قد أخطأ حقيقة ، وما اذا كان الجزاء الذى وقعته الادارة يتناسب مع الخطأ المنسوب الى المتعاقد[1] ٠

٢ ـ ولكن سلطات القاضى ليست واحدة فى مواجهة الجزاءات غير المشروعة أو القاسية :

(أ) ففيما يتعلق بالجزاءات المالية ، يستطيع القاضى أن يحكم بردها ، أو بالاعفاء منها أو بتخفيضها على حسب الأحوال ٠

(ب) أما فيما يتعلق بوسائل الضغط والاكراه التى تلجأ اليها الادارة ، فان القاضى يستطيع أن يحكم بالتعويض عنها ولكنه لا يستطيع أن يحكم بالغائها فى جميع الحالات كما سنرى فيما بعد ٠

٣ ـ ولقد أقرت المحكمة الادارية العليا هذه المبادىء فى أحكامها القديمة والحديثة على السواء ، ومن أحدث أحكامها فى هذا الصدد ، حكمها الصادر فى ١٩ أبريل سنة ١٩٨٦ (القضيتان رقما ٢١١٥ و ٢٥١٦ لسنة ٣٠ القضائية) حيث تقرر :

ـ ان شطب اسم المتعهد من سجل الموردين لاستعماله الغش

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ مارس سنة ١٩٢٩ فى قضية (Brandt) المجموعة ص ٣٥٦ ، وفى ١١ يوليو سنة ١٩٤١ فى قضية (Grenouiller) المجموعة ص ١٢٤ وفى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية (Léoni) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٥ ٠

والتواطؤ ، يجب أن يستند القرار الصادر به الى أساس من الواقع أو القانون ، وانتفاء ذلك يجعل القرار فاقدا لركن السبب ، ويترتب على ذلك توافر ركن الخطأ وانعقاد مسئولية الادارة ٠

ـ وأن تقارير المباحث لا تعدو أن تكون من قبيل اجراءات جمع الاستدلالات التى تخضـــع فيما ورد فيهـــا من بيانات وقرائن وادلة لرقابة المحكمة ، استنادا الى مبدأ حرية القاضى فى تكوين اقتناعه بأدلة الاثبات المطروحة فى الدعوى ٠

المطلب الثانى

أنواع الجزاءات الادارية

الفرع الأول

الجزاءات المالية

وهى عبارة عن المبالغ التى يحق للادارة أن تطـالب بها المتعاقد اذا أخل بالتزاماته التعاقدية ٠ وهى نوعان : منها ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقى الذى يلحق الادارة نتيجة لخطأ المتعاقد (Les dommages intérêts) ومنها ما يقصد به توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن أى ضرر يلحق الادارة (Les pénalites) وهذه الجزاءات بنوعيها تختلف اختلافا بيناً عن نظائرها فى القانون الخاص ، كما أن النظام القانونى للنوعين فى نطاق القانون الادارى مختلف على النحو التالى :

§ ١ ـ التعويضات (Les dommages-intérêts)

١ ـ وهـذا هو الجزاء الأصيل للاخلال بالالتزامات التعاقدية ، وذلك اذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الاخلال ٠ والنظام القانونى لهذه التعويضات قريب من النظام المدنى لها ، فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض ، وفى اشتراط ركن الضرر ٠ ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل هـذه التعويضات ، وذلك على النحو التالى :

٢ ـ فالتعويض ، بعكس الغرامات المالية ، لايحكم به القاضى الا اذا ثبت الضرر[١] ، كما هو الشأن فى القانون الخاص • كما أن التعويض يقدر وفقا لجسامة الضرر الذى تتحمله الادارة[٢] ، مع مراعاة الأخطاء التبادلية لكل من الطرفين وفقا للقواعد المدنية أيضا •

٣ ـ أما فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض ، فان مجلس الدولة الفرنسى يسمح للادارة بأن تحدده هى مقدما ، على أن ينازع المتعاقد فى هذا التقدير أمام القضاء اذا شاء[٣] • وللادارة كما ذكرنا أن تعدل عن استعمال هذا الحق ، وتترك تقدير التعويض للقضاء •

كما أن التشريع الفرنسى يسمح للادارة فى كثير من الحالات بأن تلجأ الى تحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بارادتها المنفردة «Le procédé de l'arrêté de débet»[٤]

ولم نجد فى تشريعاتنا المطبقة ما يسمح للادارة فى مصر بأن تلجأ الى الطريقة السابقة بالنسبة الى العقود الادارية بالمعنى الفنى ، وان كان المشرع قد بدأ ذات السبيل بالنسبة الى بعض عقود الادارة

---

(١) حكم المجلس فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى قضية (Cie. de navigation Sud-Atl.) المجموعة ص ٨٩٢ ، وفى ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية Cie. de navigation Madagascar) المجموعة ص ٢٣٥ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية (Sté électr. de de l'Adeur) المجموعة ص ١١٢٥ •

(٣) أقر مجلس الدولة الفرنسى هذا الحق للادارة لأول مرة بمقتضى حكمه الصادر فى قضية (Deplanque) وقد سبقت الاشارة اليه • وراجع من أحكامه الأخرى ، حكمه الصادر فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى قضية Cie de navigation Sud Alt) المجموعة ص ٨٩٢ وفى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية (Mannot) المجموعة ص ١١٢٣ •

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية (Monnot) المجموعة ص ١١٢٣ وقد جاء فيه •

«Il appartenait au ministre de fixer par une décision qui pouvait faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat la somme due par le requérant à raison du préjudice subi par l'Etat et d'en prononcer le caséchéant le recouvrement par voie d'arrêtes de débet exécutoires».

الأخرى المنصوص عليها فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ٠ فهذه العقود — وفقا لشرحنا السابق — هى من قبيل عقود القانون الخاص ٠ وقد نصت المادة ٤٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أنه : « — يجوز أن يحصل ما يستحق للدولة من أجرة أو ثمن وملحقاتهما عن العقارات الخاضعة لأحكام هذا القانون بطريق الحجز الادارى ٠ ويكون لهذه المبالغ امتياز عام على أموال المدين فى مرتبة المبالغ المستحقة للخزانة العامة المنصوص عليها فى المادة ١١٣٩ من القانون المدنى، وسابقة على أى امتياز آخر عدا المصروفات القضائية والضرائب والرسوم » ٠

وعلى هذا الأساس فانه فى غيبة مثل هذا النص بالنسبة الى العقود الادارية ، يصبح من المتعين على الادارة أن تلجأ الى القضاء للحصول على حكم بالتعويض ٠ وهذا ما تفعله الادارة فى مصر بكثرة ، لاسيما فيما يتعلق بالعقود الخاصة بالتعهد بالتدريس مدة معينة عقب التخرج من بعض المعاهد الحكومية[1] ٠

ولكن مجلس الدولة الفرنسى يجرى على أن الادارة لا تستطيع أن تخصم مبلغ التعويض من مبلغ التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد الا اذا كان ثمة نص بهذا المعنى فى العقد أو فى تشريع من

---

(١) حكم المحكمة فى ٣ مارس سنة ١٩٥٧ ، المجموعة ، السنة ١١ ، ص ٢٣٧ ، وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ السنة ١١ ، ص ٢٣٢ ، وفى ١٢ مايو سنة ١٩٥٧ . القضية رقم ١٤٧٢ لسنة ١٠ قضائية ، وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ القضية رقم ٨٥٢ السنة ١١ قضائية ، وقضية أخرى فى ذات التاريخ السابق ، رقم ٨٧٨ السنة ١١ قضائية ٠ وفى هذه القضية دفع الطالب بانعدام الضرر ، فردت المحكمة مثبتة الضرر الذى يتمثل فى عجز عدد المدرسين اللازمين للدولة ، وأخيرا حكمها فى ٥ يناير سنة ١٩٥٨ فى القضية رقم ١٤٥١ لسنة ١٠ قضائية ٠ ومن قضاء المحكمة الادارية العليا فى ذات الموضوع حكمها الصادر فى ١٧ مايو سنة ١٩٥٨ (السنة ٣ ص ١٢٥٨) وفى ٢ يناير سنة ١٩٦٠ ، (السنة ٥ ص ١٢٦) وفى ١٣ مايو سنة ١٩٦١ (السنة ٦ ص ١٠٤٠) ٠

التشريعات[1] ٠ وهذا الحكم يطبق فى مصر من باب أولى ، نظرا لأن الادارة عندنا لا تستطيع كما ذكرنا أن تقدر مبلغ التعويض بنفسها ، فمن باب أولى لا تستطيع أن تخصمه من مبلغ التأمين الا بعد صدور حكم من القضاء ٠

٢ —§ الغرامات

١ — والغرامات «Les pénalités» هى مبالغ اجمالية ، تقدرها الادارة مقدما ، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين ، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير فى التنفيذ ٠ وهذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد ادارى ، بل لقد عممتها اللائحة فى مصر بالنسبة الى العقود التى تخضع لأحكامها ٠

٢ — فالمادة ٨١ من اللائحة الجديدة (والتى تقابل المادة ٩٣ من اللائحة الملغاة) تلزم المقاول بانهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت فى المواعيد المحددة ٠ فاذا تأخر جاز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة العامة أعطته مهلة اضافية لاتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن المدة التى يتأخر فيها انهاء العمل بعد الميعاد المحدد الى أن يتم التسليم المؤقت ٠ ولا يدخل فى حساب مدة التأخير مدد التوقف التى يثبت لجهة الادارة نشوؤها عن أسباب قهرية ٠ ويكون توقيع الغرامة بالنسب والأوضاع التالية :

١٪ عن الأسبوع الأول أو أى جزء منه

٥ر١٪ عن الأسبوع الثانى أو أى جزء منه ٠

٢٪ عن الأسبوع الثالث أو أى جزء منه ٠

---

(١) حكمه الصادر فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى قضية «Cie de navig. sud-Atl.» ، وقد سبقت الاشارة اليه ، وفى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Sté. d'entreprise de construction» ، المجموعة ص ١٢٣ ٠

٢ر٥٪ عن الأسبوع الرابع أو أى جزء منه ٠

٤٪ عن كل شهر أو جزء منه بعد ذلك بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٥٪ ٠

وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها اذا رأت جهة الادارة أن الجزاء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل فى المواعيد المحددة ٠ أما اذا رأت جهة الادارة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك ، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع من قيمة الأعمال المتأخرة ٠ وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير ، ولو لم يترتب عليه أى ضرر ، دون حاجة الى أى تنبيه أو انذار ٠ ويجب على جهة الادارة أن تراعى الدقة فى ضرورة وجوب خصم غرامات التأخير قبل الاذن بصرف مستحقات المقاول ٠

فالمادة ٩٢ من اللائحة الجديدة ، والتى تقابل المادة ١٠٥ اللائحة الملغاة ، تقضى بأنه اذا تأخر المتعهد فى توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالعقد ـ ويدخل فى ذلك الأصناف المرفوضة ـ فيجوز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة العامة اعطائه مهلة اضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة قدرها ١٪ عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التى يكون المتعهد قد تأخر فى توريدها بحد أقصى ٤٪ من قيمة الأصناف المذكورة ٠

وفى حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الاضافية فيكون لجهة الادارة أن تتخذ أحد الاجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل :

(أ) شراء الاصناف التى لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على حسابه سواء بالممارسة أو بمناقصات محلية أو عامة أو محدودة بنفس الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها ٠

ويخصم من التأمين المودع من المتعهد أو من مستحقاته لدى الجهة أو أية جهة ادارية أخرى قيمة الزيادة فى الثمن مضافا اليها مصروفات ادارية بواقع ١٠٪ من قيمة الاصناف المشتراة على حسابه وما يستحق من غرامة عن مدة التأخير فى التوريد ٠

أما اذا كان سعر شراء أى صنف يقل عن سعر المتعهد فلا يحق له المطالبة بالفرق ، وهذا لا يمنع من تحصيل قيمة غرامة التأخير المستحقة والمصروفات الادارية ٠

(ب) انهاء التعاقد فيما يختص بهذه الاصناف ومصادرة التأمين بما يوازى ١٠٪ من قيمتها والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من اضرار دون حاجة للالتجاء الى القضاء مع اخطار المتعهد بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ٠ ولا يجوز للجهة الادارية شراء الاصناف التى ينتهى التعاقد بشأنها فى ذات السنة المالية التى يتم فيها انهاء التعاقد ٠

وقد أضافت المادة ٩٣ من ذات اللائحة الى ذلك أنه اذا تأخر المتعهد عن توريد أصناف تعاقد على توريدها الى ما بعد انتهاء السنة المالية المكلف بالتوريد فيها ، فانه يجوز اخطاره بالغاء العقد عن الكمية الباقية وتطبيق أحكام البند (ب) من المادة ٩٢ السابقة ، ما لم تقرر الجهة الادارية غير ذلك ٠

٣ — والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن الادارة تملك توقيع الغرامة بقرار منها ودون حاجة لاثبات الضرر ، بمجرد تحقق المخالفة التى تقررت الغرامة لمواجهتها[1] ٠ ولقد رأينا أن مجلس الدولة الفرنسى ، يجرى على اعذار المتعاقد المقصر قبل توقيع الغرامة الا اذا نص على خلاف ذلك ٠ أما فى مصر ، فان المادة ٩٣ من اللائحة الملغاة ، والمادة ٨١ من اللائحة الجديدة قاطعة فى أن الغرامة توقع « لمجرد حصول التأخير ، ولو لم يترتب عليه أى ضرر ، ودون حاجة الى أى تنبيه أو انذار » ٠

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٢٠ فى قضية (Hayem) المجموعة ص ٤٤٣ ٠

٤ — ويرتب القضاء الادارى فى فرنسا على المصدر التعاقدى للغرامات النتائج الآتية :

(أ) أن الأرقام المحددة فى العقد (أو اللوائح) لهذه الغرامات تفرض على الادارة ، بحيث لا تستطيع أن تطالب بأكثر منها ، ومن ثم فانها لا تملك أن تجمع بينها وبين التعويض مثلا[١] .

(ب) كما أن المتعاقد يلتزم بتلك الأرقام ، فليس له أن ينازع فى مدى استحقاق الادارة لها ، ولا الاحتجاج بأنها لا تتناسب مع الأضرار الحقيقية التى لحقت بالادارة من جراء المخالفة[٢] .

(ج) اذا لم يمكن للادارة الجمع بين الغرامة والتعويض ، فانها تستطيع أن تجمع بينها وبين الجزاءات التى تستهدف الضغط على المتعاقد «Les Sanctions Coercitives» أو الفسخ[٣] .

(د) ويسلم مجلس الدولة الفرنسى أخيرا بأن من حق الادارة أن تتغاضى عن الغرامات ، فتوقع غرامة أقل من الغرامة المنصوص

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية (Dupont) المجموعة ص ١٠٨٥ وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٥ فى قضية (Clausier) المجموعة ص ٦٨ وفى ٣ مايو سنة ١٩٤٤ فى قضية (Roustean) المجموعة ص ١٢٩ وما جاء فيه قول المجلس :

«La ville n'a pas droit à une indemuité distincte des penalités pour le préjudice qu'ont pu lui causer les infractions dont s'agit».

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٤٤ فى قضية (Sekoulounes) المجموعة ص ١٦٩ حيث يقول :

«Cons, qu'aux termes de l'article 15 du cahier des charges la pénalité par journée de retad dans le transport du materiel est contratuellement fixée à ... lé fait que cette soeme serait supérieure aux prix du transport, ne peut motiver uné réduction de ladite pénalité».

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ فى قضية «Servette» المجموعة ص ٨٥٠ ويتعلق بجواز الجمع بين الغرامة والضغط المتمثل فى احلال متعاقد آخر محل المتعاقد المقصر لتنفيذ العقد على حسابه . وحكمه فى ١٢ يناير سنة ١٩٣١ فى قضية (Charbonnié) المجموعة ص ١٦٣ ، ويتعلق بجواز الجمع بين الغرامة وفسخ العقد .

عليها ، أو تنزل عن الغرامة كلية • كل ذلك بشرط أن تكشف عن ارادتها صراحة[١] •

ولكن محكمة المحاسبات فى فرنسا ، كثيرا ما انتقدت هذا المسلك ، بحجة أن الغرامات تصبح من حق الدولة بمجرد حدوث المخالفة التى تبرر توقيعها[٢] •

٥ — ولقد أتيح لكل من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا أن تتبنى الأحكام التى أقرها مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، وذلك على النحو التالى :

أولا — من أحكام محكمة القضاء الادارى :

(أ) حكمها الصادر فى ١١ يناير سنة ١٩٥٦ (وهو من الأحكام المفصلة) وقد جاء فيه : « •• لم يغب عن الفقه الادارى البحث فيما قد يعترض سبيل تنفيذ عقود التوريد من مفاجآت أخصها أن المتعهد لا يقدم فى المواعيد المقررة الى جهات الادارة ما التزم بتقديمه لسير المرفق العام ، أو أنه يقوم بالتقديم فى مواعيد غير صالحة لتحقيق الغرض المنشود ، أو أنه عجز عن اداء ما التزم به فى العقد • وبالتالى فقد ثار البحث حول الوسائل التى تستطيع الادارة أن تلجأ اليها لتقهر المتعهد على تنفيذ التزاماته أو لمحاسبته على تقصيره ، فأجمع الشراح على أنه اذا نص فى عقد التوريد على تاريخ معين لتسليم المواد ، فان المتعهد يكون فى حالة تأخير بعد حلول هذا التاريخ ، واذا نص العقد على فترة معينة من الزمن ، فانها تبدأ من تاريخ اخطار المتعهد بأن الجهة الادارية العليا قد اعتمدت التعاقد • واذا انقضت الفترة المذكورة ، أضحى المتعهد فى حالة تأخير دون حاجة الى انذار • ومع ذلك يحسن انذاره بما تعتزمه جهة الادارة من

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٥ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية (Sté française de construction) المجموعة ص ٤١٦ •

(٢) مؤلف الفقيه جيز فى العقود ، الجزء الأول ص ٢٩٨ • ورسالة (Daffaud) بعنوان « الغرامات فى عقود التوريد » مقدمة لجامعة باريس سنة ١٩٣١ ، ص ١٠٣ •

توقيع الجزاء عليه ، ففى هذا الاجراء ما قد يحــول دون الاستمرار والابطاء • ويجمع الشراح على ضرورة النص على الجزاءات فى بنود العقد ، وعادة ما يكون الجزاء هو الغرامة (une astreinte pecuniaire) تقــدر بمبلغ معين عن كل يوم يوصف بالتأخير • وتتميز الغرامة بأنها :

١ ــ اتفاقية : لأنها تحدد مقدما فى الاتفاق • فاذا لم يكن قد نص عليها فى العقد ، فلا يجــوز للادارة أن تسعى الى تطبيقها على المتعــاقد • واذا كان التأخير مما يجوز أن يشبه بحالة عدم التنفيذ لأحكــام الالتزام ، فان للادارة أن تلجأ الى فسخ العقــد ، ومصادرة التامين ، وتقوم بشراء ما يستلزمه المرفق على المتعهد المقصر •

٢ ــ وأنها تلقائية : بمعنى أنها تطبق مباشرة دون حــاجة من جانب الادارة الى اثبات أن ضررا قد أصابها ،وكذلك لا يمكن رفعها الى فئة أعلى حتى ولو كان الضرر يزيد على قدرها المعين •

٣ ــ وأنها تطبق بمقتضى قرار ادارى دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء للحكم بتوقيع هــذا النوع من الجزاء ، وهو اجراء تتميز به العقود الادارية وحدها مما يخرج على ما يجــرى عليــه العمل فى ميــدان القــانون الخاص ، حيث يتعين تدخل المحــاكم التى تملك الانتقاص من التهديد المالى اذا قدرت أنه مغالى فيه • فجهات الادارة تخرج على هذا النظام عن طريق الغرامة بقرار ادارى منها •

٤ ــ وأنها تستحق عن التأخير بمجرد انقضاء الفترة المحددة فى العقــد ودون حاجة الى التنبيه باستحقاقها ، فهى تختلف بذلك عن وضع الفوائد التى تحصل عن التأخير فى ميدان القانون الخاص ، اذ يتعين الانذار باستحقاقها حتى ولو تضمن العقــد شرطا جزائيا عن التأخير • ومن جهة أخرى تجيز مبادىء القانون الادارى خصم الغرامات عن التأخير بواســطة جهــة الادارة عند اجــراء الحساب الختــامى مع المتعهــد من المبــالغ المســتحقة لــه بمقتضى عقــــد الالتزام ••• » •

ثم استطردت المحكمة موضحة الحالات التى يعفى فيها المتعاقد من توقيع غرامات التأخير كليا أو جزئيا بقولهـا : « ··· ان حالات التأخير فى تنفيذ الالتزام لا ترجع دائما وحتما الى خطأ من جانب المتعهد ، فمن المسلم به فقها وقضاء أن المتعهد يبرأ من كل مسئولية فى حالات أربع : ١ ــ اذا كانت جهة الادارة هى وحدها التى سببت كل مدة التأخير · ٢ ــ اذا كان المتعهد ضحية خالصة لقوة قاهرة · ٣ ــ اذا طلب المتعهد رسميا مهلة جديدة للتوريد ووافقت الادارة على ذلك دون تحفظ من جانبهـا · ٤ ــ اذا قدرت جهة الادارة ظروف المتعهد وقررت اعفاءه من آثار مسئوليته عن التأخير · فكثيرا ما يحدث فى العقود الادارية أن تقوم جهة الادارة بدور فعال فى التعاون مع المتعهد ، وقد لا تكتفى بأن تفصح عن رغباتها ليقوم هو بتنفيذها · بل قد تلتزم أحيانا بأن تقدم له مساعدات أو بيانات فنية ، فاذا تأخرت الادارة فى الوفاء بما التزمت به ، كان عليها أن تراعى ذلك عند توقيع غرامة التأخير ···[1] » ·

(ب) حكمها الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ··· ان غرامة التأخير التى ضمنتها الادارة لعقدها الذى أبرمته مع المدعى ··· لا يشترط لتوقيعها قيام ضرر يصيب الادارة ، بل ان هذا الضرر مفترض بقرينة قاطعة لا تقبل الدليل العكس ، ذلك أن غرامة التأخير ··· هى جزاء ··· وليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الجزاءات لاختلاف السبب فى توقيع كل منها ، فغرامة التأخير ليست مرتبطة باثبات الضرر الذى يقع من جراء التأخير فى التنفيذ ، بل تعتبر وسيلة للتهديد لمنع التأخير ·· وجزاء يوقع بسبب التأخير ··· أما الشراء على حساب المتعهد بالتنفيذ المباشر ، فيكون

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة العاشرة ، ص ١٤٠ ·

بعد أن يثبت عجزه عن التوريد (حالة التقصير اليسير) بينما الغاء العقد يكون عن تكرار العجز عن التوريد (التقصير الجسيم[1]) ٠

ثانيا : من أحكام المحكمة الادارية العليا :

(أ) حكمها الصادر فى ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ (س ١٥،ص ٢٢٢) وفيه تضع المبدأ العام حيث تقول : « من المبادىء المسلمة فى فقه القانون الادارى أن غرامات التأخير فى العقود الادارية مقررة ضمانا لتنفيذ هذه العقود فى المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ٠ ولذا فان الغرامات التى ينص عليها فى تلك العقود توقعها جهات الادارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم باثبات حصول الضرر ، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد اثبات عدم حصوله » ٠

ولكن المحكمة استطردت تقول : « من المسلم كذلك أن اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الادارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة ، والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد ٠ ولذا فلها أن تقدر ظروف المتعاقد ، فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها فى العقد كلها أو بعضها بما فى ذلك غرامة التأخير ، اذا هى قدرت أن لذلك محلا ٠ وقياسا على هذا النظر ، فان الادارة — اذا أقرت صراحة أو ضمنا — بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد فى المواعيد المتفق عليها ، ترتيبا على أن تنفيذ العقد فى هذه المواعيد كان غير لازم ، فيعتبر ذلك بمثابة اعفاء ضمنى للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه ، مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير » ٠

(ب) وفى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٥٧٦) تقول : « ٠٠٠ فمصادرة التأمين فى هذه الحالة انما هو جزاء من قبيل الجزاءات التى تملك الادارة توقيعها على المتعاقد معها عند

---

(١) القضية رقم ٤١٨٦ لسنة ٩ قضائية ، السيد صلاح الدين جلال ، ضد وزارة الحربية والبحرية وبذات المعنى حكمها الصادر فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ (السنة ١٢ ، ١٣ ص ٢٣) ٠

اخلاله بالتزاماته • ولما كانت هذه الجزاءات لا تستهدف فى الواقع من الأمر تقويم اعوجاج فى تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة ، فان هذا الجزاء المالى — وهو عبارة عن تعويض جزائى مقدر سلفا باتفاق الطرفين — توقعه جهة الادارة بنفسها ، دون انتظار لحكم القضاء ، وبغير حاجة الى الزامها باثبات أن ضررا ما قد لحقها من جراء اخلال المتعاقد معها بالتزاماته • وبهذا يتميز التعويض المذكور عن التعويض الاتفاقى المنصوص عليه فى القانون المدنى ، وبالتالى فالقول بأن هذا التعويض لا يكون مستحقا اذا ثبت أن جهة الادارة لم يلحقها أى ضرر ، هو قول بعيد عن الصواب فى مجال تطبيق القانون الادارى » •

(جـ) كما أكدت المحكمة أنه اذا « ما توقع المتعاقدان فى العقد الادارى خطأ معينا ، ووضعا له جزاء بعينة فانه يجب على الادارة أن تتقيد به » (حكمها فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٧١ س ١٧ ، ص ٩)[١] وأنه ليس للادارة أن تضيف الى الجزاءات المنصوص عليها لمواجهة خطأ معين ، جزاءات أخرى (حكمها فى ٣ يناير سنة ١٩٧٠ ، س ١٥ ، ص ٩١) •

ثالثا — فتاوى قسم الرأى :

ومنها (أ) فتوى القسم رقم ٦٣٧ فى ١٩٥٦/١٠/٢٣[٢] • فبعد أن حددت الفتوى معيار العقود الادارية على النحو المعروف ، استطردت تقول : « •• ان الادارة تراعى فى الشروط الجزائية المنصوص عليها فى عقد ما ، ملاءمتها لطبيعة هذا العقد وقيمته وموجبات السرعة فى تنفيذه فى وقت وطريقة معينة حتى تكفل

---

(١) وراجع أيضا حكمها الصادر فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٥ (س ١١ ، ص ١٢٨) حيث تقول : « اذا تضمنت شروط المزايدة تحديدا لمقدار الغرامة ••• فان هذا هو الواجب أعماله دون النص اللائحى وذلك لأنه خاص ، ومن المبادىء المسلم بها ، أن الخاص يقيد العام ، ولأنه الذى تواضعت عليه ارادة الطرفين » •

(٢) مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٧٥١ •

انتظام سير المرفق العام · هذا فضلا عن أن المتعاقد مع الادارة يقبل التعاقد وهو عالم مقدما بجميع الشروط والظروف المحيطة بالعقد · وينبنى على ذلك أنه فى حالة التأخير فى تنفيذ العقود الادارية يكون الضرر مفترضا وقـائما حتما بمجرد حصول التأخير لما ينطوى عليه التراخى فى تنفيذ هذه العقود — فى حد ذاته ، وبغض النظر عمـا عساه أن يقع من أضرار أخرى — من اخلال بالنظم والترتيبات التى تضعها الادارة ، وتحرص على التزامها ، ومن تعويق ولو جزئى لحسن سـير دولاب الأعمال الحكومية وتتابع حلقاته وترابطها · وفى ذلك الاخلال وهذا التعويق مساس ولاريب بالصالح العام الذى ينبغى أن يكون دائمـا محلا للاعتبـار فى العقود الادارية · ولذلك فـلا محل للقول بعدم حصول ضرر فى حالة التأخير المشـار اليها ، لأن الضرر هنا لا ينحصر فى تفويت الفـائدة المباشرة التى ينطوى عليهـا محل العقـد ، بل يشمل المسـاس بأية قاعدة أو نظـام وضـعته الادارة أو أتفقت عليـه بغية تحقيق مصلحة عامة · ومن ثم فان الجزاءات المالية المنصوص عليها فى العقود الادارية نظير التأخير فى تنفيـذ أحكامها تستحق وتصبح واجبة التوقيع بمجرد التأخير · على أنه اذا قدرت جهة الادارة المختصة أن أعتبارات العدالة أو الصالح العـام تقتضى التجاوز عن الغرامة كلهـا أو جزء منها فى هذه الحالة فـانه يتعين عندئذ اتخـاذ الاجراءات الواجبـة قانونيـا للتنازل عن مال مستحق للدولة ·· » ·

(ب) فتـوى القسم رقم ٣٢٣ فى ١٠/٥/١٩٥٩ [١] · وقد جاء فيها : « ان غرامة التأخير التى تتضمنها العقود الادارية هى — وفقا للتكييف القانونى الصحيح — صورة من صـور التعويض الاتفاقى يرتضيه الطرفان سلفا نظير الضرر الناشىء عن التأخير · الا أنهـا تتميز عن التعويض الاتفاقى فى مجالات القـانون الخاص بأحكام خاصة : أهمها أن أحد أركـانه وهو الضرر يفترض وقوعه بمجرد حصول التأخير لما ينطوى عليه التراخى فى تنفيذ هـذه العقود من

(١) مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٧٥٢ ·

اخلال بالنظم والترتيبات التى تضعها الادارة وتحرص على التزامها »
ولكن الجـديد فى هذه الفتوى أنها استطردت قائلة : « ... مع ذلك فان افتراض وقوع الضرر بمجرد التأخير ليس قرينة قاطعة غير قابلة لاثبات العكس ، بل يجوز للطرف الآخر المتعاقد مع الادارة أن يثبت انتفاء الضرر أصلا أو انتفاء ركن الخطأ . ومتى انتفى أحد أركان المسئولية الموجبة للتعويض فلا مجال عندئذ لاستعمال الحـق المخول للادارة بمقتضى العقـد فى اقتضـاء التعويض لانعـدام الأسـاس القانونى الذى يقوم عليه . ومن ثم ففى مثل هذه الأحوال لا ينطوى الاعفاء من الغرامة على تصرف بالمجان فى أموال الدولة » .

ويبدو أن هذه الفتوى قد جانبها التوفيق فى خصـوص الفقرة القائلة بامكان اثبات عدم وجود ضرر عن التأخير فى التنفيذ ، فان هذا القول يهدم الفكرة التى يقوم عليها حـق توقيع الجزاء المالى من أساسها . ولكن لا شك من ناحية أخرى أنه اذا كان التأخير فى التنفيذ يرجـع الى خطأ الادارة ، فانها لا تستطيع توقيع العقـوبة . وعلى هذا الأساس ، ومن هذا المدخل ، يمكن للادارة أن تتنزل عن الغرامة كلها أو بعضها ــ كما أكدت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الذى سبقت الاشارة اليه ــ لأن ذلك يتضمن اعترافا منها ــ صريحـا أو ضمنيا ــ بأنها كانت السبب فى التأخير . أما اذا انتفى كل خطأ من جانب الادارة ، فانه لا يقبل من المتعاقد أن يثبت أن التأخير لم يترتب عليه ضرر ، فالقرينة فى هذه الحالة تصبح مطلقة وغير قابلة لاثبات العكس . وبمعنى آخـر ان دفاع المتعـاقد ينحصر فى نطـاق ركن الخطأ ، لاركن الضرر . وبهذا المعنى صدرت فتوى الجمعية العمومية رقم ٣٨٧ فى ١٩٥٩/٥/٣١ حيث تقـرر : « ... واذا كان تأخير الشركة المسـاهمة المصرية فى التوريد نتيجة حتمية لقـرار ادارة النقد ، وما يترتب عليه من آثار ، وهو ما يعتبر حادثا قهريا لم يكن فى امكان الشركة توقعه عقـلا وقت التعـاقد ، فضلا عن أن جهـة الادارة هى دون سواها المسئولة عن هذا التأخير فى اجـراءات فتح الاعتمـاد ، ومن ثم ينـتفى الركن الأصيل للمسـئولية الموجبـة

للتعويض ، ولا يكون ثمة محل لتوقيع غرامة التأخير على الشركة ... ولا يقتضى هذا اتخاذ اجراءات التنازل عن أموال الدولة طبقا للقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ وانما يكون بقرار من الوزير[١] » .

وهذا هو المعنى الذى كانت تقرره المادة ١٠٧ من اللائحة الملغاة حيث تقول : « اذا شكا المتعهد أو المقاول من توقيع الغرامة عليه وقدم مستندات تثبت أن التأخير نشأ عن حادث قهرى ، واقتنع بها رئيس المنطقة أو الفرع أو مدير السلاح أو رئيس المصلحة ، فيمكنه الموافقة على رفعها اذا لم تزد قيمتها على ٥٠ جنيها بالنسبة الى المناطق والفروع ، وعلى مائتى جنيه بالنسبة الى المصالح أو الأسلحة ، بشرط أن يعطى إقرارا بأنه لم يلحق بالحكومة ضرر أو عطل ، بطريقة مباشرة من جراء هذا التأخير ، ويرافق هذا الاقرار مستندات الصرف . أما زاد على ذلك ، فيكون رفعه من سلطة وكيل الوزارة المختص لغاية ألف جنيه ، وما زاد على ذلك فيكون من سلطة الوزير » . ولم يرد لهذه المادة مقابل فى اللائحة الجديدة ، وان كان حكمها يمكن اعماله وفقا للقواعد العامة .

٦ — ولما كانت سلطة الادارة فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات المالية واسعة الى حد كبير — كما رأينا — فان مجلس الدولة الفرنسى يجرى على أن تلك الجزاءات تغنى الادارة عن الالتجاء الى نظام التهديدات المالية «l'institution des astrentes» ومن ثم فانه يقرر أنه لا محل لنظام التهديدات المالية — المعروف فى القانون الخاص — فى نطاق العقود الادارية[٢] .

٧ — ويجب أن يلاحظ ما أفتت به ادارة الفتوى والتشريع لوزارة التربية والتعليم[٣] فى ١٩٥٨/١٠/٦ من أنه لا يجوز توقيع غرامة التأخير على الهيئات الحكومية اذا تأخرت فى التوريد ، وذلك تأسيسا

(١) مجموعة الأستاذ أبوشادى ، ص ٧٥٣ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٣ فى قضية «Le loir» منشور فى مجموعة سيرى ، سنة ١٩٣٣ ، القسم الثالث ص ١٣٢ مع تقرير المفوض «Detton»

(٣) فتوى رقم ٢٨١٣ فى ١٩٥٨/١٠/٦ ، شرح لائحة المناقصات والمزايدات العامة للأستاذ حسين درويش ، الطبعة الثانية ، ص ٨٨ الهامش .

على أن قيام هيئة عامة بتوريد مادة الى هيئة أخرى انما يعتبر من قبيل تأدية الخدمات طبقا لما تنص عليه المادة ١٥٤ من اللائحة المالية للميزانية والحسابات . وهذه الفتوى لا تطبق على شركات القطاع العام وجمعياته التى تمارس نشاطها طبقا لقواعد القانون الخاص .

٨ — وللادارة فى سبيل الحصول على المبالغ المستحقة لها أن تستوفيها من التأمين ، أو من المبالغ المستحقة للمتعاقد قبلها عن طريق المقاصة ، بل ووفقا لفتوى الجمعية العمومية الصادرة فى ١٣ يناير لسنة ١٩٦٥ (س ١٩ ، ص ٢١٨) يحق لأى جهة حكومية أن تحصل على مستحقاتها — عن طريق المقاصة — مما يكون مستحقا للمتعاقد ولو كانت الجهة المدينة للمتعاقد ذات شخصية معنوية مستقلة . فقد سمحت لوزارة الحربية أن تحصل على مستحقاتها من المبالغ المستحقة للمقاول قبل الهيئة العامة للبريد بقولها : « انه لا يجوز للمقاول المذكور — والذى تطالب وزارة الحربية بخصم مستحقاتها من المبالغ التى له قبل هيئة البريد — أن يتمسك بالشخصية المعنوية لهذه الهيئة ، لأن هذا الوضع الذى يتمسك به المقاول لا يفيد التنظيم الادارى فى شىء . ومن ثم يجب أن يغض النظر فى هذه الواقعة عن فكرة الشخصية المعنوية المقررة لهيئة البريد ، وتقف الهيئة بالنسبة الى هذه الواقعة مجردة عن شخصيتها المعنوية ! لتعد كسائر المصالح الحكومية . وبهذه المثابة يكون جائزا — وفقا لأحكام لائحة المناقصات والمزايدات — اقتضاء المبلغ المستحق لوزارة الحربية ، بطريق الخصم من مستحقات المقاول قبل هيئة البريد دون ما حاجة الى اتباع طريق حجز ماللمدين لدى الغير . كذلك ليس لهيئة البريد أن تتمسك فى هذه الواقعة بشخصيتها المعنوية ، لأن تمسكها بهذه الشخصية ليس مقررا لصالح التنظيم الإدارى فى هذا الخصوص ، وأخذا بفكرة نسبية الشخصية المعنوية للمؤسسات والهيئات العامة » .

واذا كانت هذه الفتوى لا تعتبر تطبيقا دقيقا للمبادىء القانونية التى تقوم عليها فكرة الشخصية المعنوية ، فانها قد رجحت الاعتبارات العملية المستمدة من فاعلية الادارة ، والابتعاد عن اجراءات ادارية لافائدة منها من الناحية العملية ، مادام المتعاقد يستطيع أن يحمى حقـوقه عن طريق الالتجاء الى القضاء • ولهـذا تدخل المشرع فى القانون الجديد رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ونص عليها صراحة فى المـادة ٢٩ والتى تقضى بأنه « يكون للجهة المتعاقدة فى حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق فى مصادرة التأمين النهائى والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات مما يكون مستحقا للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة ادارية أخرى من مبالغ ، وذلك دون حاجة الى اتخاذ أى اجراءات قضائية » ويلاحظ أن المشرع قد استعمل صيغة « أى جهة ادارية أخرى » وهى صيغة عامة تشمل جهات الادارة ذات الشخصية الاعتبارية وغيرها •

الفرع الثانى

وسائل الضغط (Les sanctions coercitives)

١ ـ تستهدف هذه الجزاءات ارغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، عن طريق حلول الادارة محل الملتزم المقصر أو باحلال غيرها محله ، وذلك لأن أول ما يعنى الادارة فى هذا المجال هو ضمان تنفيذ العقد • ومن ثم فان وسائل الضغط توجه بصفة خاصة لتحقيق الغاية السالفة التى يستلزمها سير المرفق العام بانتظام واستمرار •

٢ ـ وللسبب السابق عينة ، تعتبر وسائل الضغط التى تلجأ اليها الادارة بمثابة جزاءات مؤقتة «des santions temporaires» لا تنهى العقد ، ولكنها تكل تنفيذه الى غير المتعاقد الأصلى ، وعلى مسئولية هذا الأخير • أو كما تقول محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٧ مارس سـنة ١٩٥٧ : (س ١١ ، ص ٢٧٢) « ••• والعقـود الادارية يجب أن تنفذ بدقة ، لأن سير المرافق العامة يقتضى ذلك • ومن وسائل ضغط الادارة على المتعاقد المقصر أن تحـل هى بنفسها

محله ، أو أن تعمل على احلال شخص آخر محله فى تنفيذ الالتزام • وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن هذا الاجراء لا يتضمن انهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر ، بل يظل هذا المتعاقد مسئولا أمام جهة الادارة ، وانما تتم العملية لحسابه وعلى مسئوليته ••• » •

وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ يونيه سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١٠٢٤) « ان الشركة وان كانت قد توقفت عن التنفيذ بنفسها ، الا أن الوزارة قد قامت بالشراء على حسابها ، ومن مقتضى هذا الشراء على حسابها عدم انهاء الرابطة التعاقدية ، واستمرار العقد منتجا لآثاره واعتبار الشركة هى المسئولة أمام الوزارة عن عملية الشراء • فالشركة من الناحية القانونية تعتبر قد واصلت التنفيذ فيقع على عاتقها غرامة التأخير والمصاريف الادارية التى تكبدتها الوزارة فى عملية الشراء » •

٣ ـ وتتخذ وسائل الضغط صورا ثلاث بالنسبة للعقود الادارية الرئيسية الثلاثة :

(أ) وضع المشروع تحت الحراسة بالنسبة الى عقد الامتياز •
«La mise sous séquestre»

(ب) حلول الادارة محل المتعاقد فى عقد الأشغال العامة •
«La mise en régie»

(جـ) الشراء على حساب المتعاقد فى حالة عقود التوريد •
«Le marché par défaut»

والعادة أن ينص على وسائل الضغط هذه فى العقود التى تبرمها الادارة • ولكن المسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن الادارة تملك أن توقع تلك العقوبات حتى ولو لم ينص عليها فى العقد[1] •

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٤ **«Ville de Toulon»** مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ، ص ١٠١ مع تقرير **«Odent»** وقد جاء فى ذلك التقرير قوله :

«Les décisions pronoçant le sequestre ou la regie sont légales des l'instant où elles sont indispensable pour assurer la continuité du service en cas des defaillance du concesionnaire; leur justification se troure dans leur efficacité».

وقد نص المشرع صراحة على وسائل الضغط بالنسبة للعقود الادارية بصفة عامة فى القانون الجديد رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ فى المادتين ٢٨ و ٢٩ منه على النحو التالى مادة ٢٨ : « اذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو فى تنفيذه على حسابه ، ويتقرر الفسخ أو تنفيذ العقد على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد • » مادة ٢٩ : « يكون للجهة المتعاقدة فى حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق فى مصادرة التأمين النهائى والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات مما يكون مستحقا للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة ادارية أخرى من مبالغ ، وذلك دون حاجة الى اتخاذ أى اجراءات قضائية » •

هذا وقد تضمت لائحة المناقصات والمزايدات القديمة والجديدة بعض صور الضغط التى أشرنا اليها فيما سلف بالنسبة الى عقدى الأشغال العامة والتوريد على النحو التالى :

أولا — بالنسبة الى عقد الأشغال العامة : نصت المادة ٨١ — وقد أوردنا نصها فيما سلف — على حق الادارة فى توقيع الغرامة بمجرد حصول التأخير فى انجاز الأعمال « ولو لم يترتب عليه أى ضرر ، دون حاجة الى أى تنبيه أو انذار[١] » •

أما فى حالة اخلال المقاول بأى شرط من شروط العقد ، فان المادة ٨٢ من اللائحة الجديدة قد أوضحت جزاء ذلك تفصيليا حيث تقول : اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام باجراء هذا الاصلاح،كان لرئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص وعلى

---

(١) واستطردت المادة تقول « ويجب على جهة الادارة أن تراعى الدقة فى ضرورة وجوب خصم غرامات التأخير قبل الاذن بصرف مستحقات المقاول » •

مسئوليته الحق فى اتخـاذ أحد الاجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة :

(أ) فسخ العقد مع مصادرة التأمين النهائى المستحق وقت الفسخ والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحقه بها من اضرار ٠

(ب)سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بطريق المناقصة المحددة أو المناقصة المحلية أو الممارسة فى حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحـكام الواردة بهذه اللائحة ، وذلك مع مصادرة التأمين النهائى المستحـق على المقـاول وقت سحب العمـل والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات وتعويضات واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة عـلى قيمة العقد نتيجة لسحب العمل ٠

ويكون لجهة الادارة الحق فى احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد خلاوفه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأى سبب كان أو دفع أى أجر عنها ، كما يكون لها الحق أيضا فى الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها ، ولها أن تبيعها دون أدنى مسئولية من جراء البيع ٠

ثانيا : أما بالنسبة الى عقود التوريد ، فانه وفقا للمادة ٩٢ من اللائحة الجـديدة ، يجوز لجهة الادارة المتعاقدة اعطـاء المورد مهلة اضافية للتوريد قدرها ١٪ عن كل أسـبوع تأخير من قيمة الكمية التى يكون قد تأخر فى توريدها بحـد أقصى ٤٪ من قيمة الأصناف المذكورة ٠

فاذا تأخر المورد كان للادارة أن تتخذ أحد اجراءين وفقا لمـا تقتضيه مصلحة العمل :

(أ) الشراء على حسـاب المورد المقصر ، وفقا للضـوابط التى أوردها المشرع فى الفقرة أ من المادة ٩٢ من اللائحة ٠

(ب) انهاء العقد فيما يختص بالأصناف التى لم تورد ، ومصادرة التأمين بما يوازى ١٠٪ من قيمتها ، والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرار دون حاجة للالتجاء الى القضاء • « ولا يجوز للجهة الادارية شراء الأصناف التى ينتهى التعاقد بشأنها فى ذات السنة المالية التى يتم فيها انهاء التعاقد » •

٤ ـ والمسلم به أن التجاء الادارة الى وسائل الضغط السابقة لا يكون الا لخطأ جسيم «faute grave» يقع فيه المتعاقد ، وأن الادارة تستعمل سلطتها تحت رقابة القضاء ، الذى يملك سلطات واسعة فى هذا الصدد ، تتناول جوانب المشروعية والملاءمة معا •

وفيما يلى نعرض باختصار لكل نوع من أنواع الضغط الذى تلجأ اليه الادارة •

§ ١ ـ وضع المشروع تحت الحراسة

١ ـ تضع الادارة المرفق المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة اذا قصر الملتزم فى تسيير المرفق تقصيرا جسيما • وتضع الادارة المرفق تحت الحراسة أيضا اذا كان ثمة ما يهدده بالتوقف ولو بدون خطأ من الملتزم ، كاضراب لا ذنب له فيه • والمسلم به أن وضع المرفق تحت الحراسة لا يؤدى الى فسخ عقد الامتياز ولا الى اسقاط حقوق الملتزم الأصلى ، وكل ما يترتب عليه هو رفع يد الملتزم مؤقتا عن ادارة المشروع[١] •

٢ ـ وحينما تضع الادارة مرفقا ما تحت الحراسة ، فاما أن تديره بنفسها واما أن تعهد بالادارة الى حارس مؤقت تختاره •

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٦ فى قضية (Ville de St-Eienne) المجموعة ص ٩١١ ، وفى ديسمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية (Tramways du Loir-et-Cher) المجموعة ص ١٠٥٧ •

٣ — ولما كانت الحراسة بطبيعتها اجراء مؤقتا ، مصيرها اما الى عودة المرفق الى الملتزم الأصلى ، واما الى سقوط الالتزام وفسخ العقد ؛ ولما كان مجلس الدولة الفرنسى يجرى على أنه لا يجوز للادارة فسخ عقد الالتزام باجراء من جانبها ، فانه يتعين على الادارة حين تقرر وضع المرفق تحت الحراسة أن تلجأ الى القضاء للحكم بفسخ العقد ·

٤ — واذا كانت الحراسة تقتضى رفع يد الملتزم عن ادارة المرفق ، فانه من المتعين أن يفرق بين أسباب وضع المرفق تحت الحراسة ، لتحديد نتائجها فيما يتعلق بالادارة المالية :

(أ) فاذا أعلنت الحراسة كجزاء لتقصير الملتزم ، فانه يتحمل مخاطر الادارة ، بمعنى أن الخسارة تكون على عاتقه[١] ·

(ب) أما اذا أعلنت الحراسة بغير خطأ الملتزم ، لاسيما اذا كان سبب ذلك القوة القاهرة أو خطأ الادارة ، فانه لا يتحمل مخاطر الادارة المالية[٢] ·

٥ — هذه الأحكام التى قررها مجلس الدولة الفرنسى ، تطبق اذا لم ينص العقد أو المشرع على غيرها ·

٦ — ولقد سبق لقسم الرأى مجتمعا أن أقر معظم هذه المبادىء فى فتواه رقم ٢٤٠ الصادر فى ١٩٥٢/٢/٤[٣] حيث يقول : « ان الحكومة بصفتها مانحة الالتزام لها سلطات عديدة تملك استعمالها فى حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٥ مارس سنة ١٩٤٣ فى قضية (Ville de Nimes) مجموعة ص ٥٨ وفى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ فى قضية (Sté. d'assainissement) المجموعة ص ٢٨٧ ·

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ فى (Cie des mesageriess marit. et cie générale trans.) المجموعة ص ١٢٠ وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٢٧ فى قضية (Ville de Castelenaudarys) المجموعة ص ٧٠٣ ·

(٣) مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٧٢ ·

العقد ، فلها مثلا أن تنفذ هـذه الالتزامات على حسابه كما فى حالة عدم قيام الملتزم (شركة سكة حديد الدلتا) بصيانة الخطوط الحديدية وتحسينها على الوجة الذى ترضاه الحكومة ، كما لها أن تتخذ ما تراه من التدابير لضمان سير المرفـق فى حالة توقف تشغيل الخطـوط ٠ وكثير من هذه السلطات المخولة لمانح الالتزام يقتضى استعمالها رفع يد الملتزم عن ادارة المرفق ، وقيـام الحكومة بادارته بنفسها أو بمن تعينه لذلك ٠ والاجراء الذى تتبعه الحكومة فى هـذه الحالة ، اذا لم ترد اسقاط الالتزام ، هو أن تضع بقرار منها المرفق تحت الحراسة ، وبه ترفع يد الملتزم عن ادارة المرفـق لضمان سيره سيرا منتظمـا ، ولاصلاح ما تريد اصلاحه من وجهة ، ولاجبار الملتزم على تنفيـذ التزاماته من وجهة أخرى »

وقد أقر القضاء الفـرنسى حق الحكومة فى وضـع المرفق تحت الحـراسة فى حـالة ارتكاب الملتـزم مخـالفات جسـيمة لشروط الالتزام[1] ٠

كما أقر الفقه الفرنسى بهذا الحق للحكومة[2]

فالمتفق عليه فى فرنسا ــ فقها وقضاء ــ أن للحكومة أن تصدر قرارا اداريا بوضـع المرفـق تحت الحـراسة اذا اختل سيره اختلالا

---

(١) استشهدت الفتوى بما يلى : « يقول جيز ان وضع المرفق تحت الحراسة اجراء الصادر فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٣٦ بوضع سـكة حديد وتراموايات فاروجات تحت الحراسة لعدم قيامها بدفع الزيادة التى تقررت فى أجور العمال بمقتضى اتفاق يوليو سنة ١٩٣٥ (حكم المجلس فى ٢٢ يونية سنة ١٩٤٤ ، مجموعة ليبون سنة ١٩٤٤ جزء ١٤٤ ص ١٨) وبمثل هذا المبدأ أخذ المجلس فى أحكامه الصادرة فى ٣٠ يونية سنة ١٩٢١ (ليبون سنة ١٩٢١ ، جزء ٩١ ص ٥٤٠ سنة ١٩٢٧ ، ليبون ص ٢٩٣) ، وفى ٥ مارس سنة ١٩٤٣ (ليبون ص ٥٨) ٠

(٢) استشهدت الفتوى بما يلى : « حكم مجلس الدولة الفرنسى بصحة القرار صحيح ، وان الشركة صاحبة الامتياز يجب أن تتحمل جميع تكاليف هذا الاجـراء الذى تسببت فيه (مجلة القانون العام ، جزء ٦١ لسنة ١٩٥١ ص ١٠١) ويقول رينيه فى كتابه (تشريع السكك الحديدية الجزء الأول ، ص ١٦٩ و ١٧٠) أنه اذا توقف استغلال المرفق كليا أو جزئيا كان للادارة أن تتخذ فورا ــ على نفقة الشركة الملتزمة ومسئولياتها ــ الاجراءات اللازمة لضمان سير المرفق مؤقتا ٠ وهذا الاستيلاء المؤقت من جانب الدولة على المرفق ، هو وضعه تحت الحراسـة ٠ وقد جرى العمل أن يصدر بهذا الاجراء مرسوم » ٠

جزئيا أو كليا • وتستطيع الحكومة اتخاذ هذا الاجراء ، ولو لم يرد بدفتر الشروط أية اشارة اليه ، اذ أنه اجراء فى المقام الأول من النظام العام ، ويصدر به فى الغالب قرار من الادارة مباشرة •

وهذه الحراسة تتميز بأنها تفترض حتما وقوع خطأ جسيم من جانب الملتزم من شأنه أن يعرض استمرار المرفق أو انتظامه للخطر • وهى اجراء وقتى يصدر من جانب الادارة دون التجاء سابق الى القضاء • ويترتب على هذا الاجراء أن المرفق يدار تحت مسئولية الملتزم •

ولا يشترط لاستعمال الادارة لهذا الحق توجيه انذار للملتزم (الا اذا نص على ذلك فى العقد) لأن طبيعة هذا الحق تقتضى أن تمكن الادارة من استعماله فورا دون حاجة الى انذار ، ومن باب أولى دون الالتجاء الى القضاء[1] •

أما عن مدة وضع المرفق تحت الحراسة ، فان الادارة هى التى تحددها • واذا كانت هذه المدة محددة فى العقد فليس لهذا التحديد صفة الالزام بالنسبة الى الادارة ، فهى ليست ملزمة بانهاء الحراسة عند انتهاء المدة[2] •

ففى الحالة المعروضة لا تتقيد الادارة بالمدة المحددة فى المادة ١٥ من دفتر الشروط ، وهى ثلاثة أشهر • واذا ما قدرت وضع المرفق تحت الحراسة ، فانه يكون عليها واجب ادارته • ولها أن تباشر الادارة بواسطة عمالها ، كما أن لها أن تعهد بهذه المهمة الى حارس من بين موظفى الدولة أو من غيرهم ، ويمكن أن يكون من بين عمال الملتزم نفسه ، ويدار المرفق تحت مسئولية الملتزم الذى يتحمل جميع المصروفات التى يقتضيها سير المرفق ، ويكون للحومة الحق

(١ و ٢) استشهدت الفتوى هنا بمؤلف الفقيه جيز فى المبادىء العامة للقانون الادارى ص ٨٩٥ •

فى القيام بالأعمـال التى قصر الملتزم فى انجازها ، وكان واجبـا عليه أن يقوم بها ، كما يكون لها حـق تحصيـل الرسم الذى كان يتقاضاه الملتزم من الجمهـور ، والاسـتيلاء على ايرادات المـرفق ، وتعتبر هذه الايرادات من الأموال العامة ، فلا يجوز حجزها بناء على طلب دائنى الملتزم[1] ٠

٢ - § سحب العمل من المقاول

أولا - رأينا فيما سبق أن المشرع قد نص على هذا الحق للادارة فى كل من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية ٠

فالمادة ٢٨ من القانون قد أوردت الجزاء العـام الذى يطبق فى حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته ، وخولت الادارة أحـد حقين حسبما تراه محققا للمصلحة العامة ، وهما : فسخ العقـد أو التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر ٠

وقد أعاد المشرع تفصيل هذا المبدأ العام بالنسبة لعقود الأشغال فى المـادة ٨٢ من اللائحـة التنفيـذية الجـديدة ، والتى أوردنـا أحكامها فيما سلف ٠ وقد خولت هذه المادة جهة الادارة اذا اختارت فسخ العقد ، مصـادرة التأمين النهائى المستحق وقت فسخ العقد والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات أو تعويضات عما يلحقها من أضرار ٠ أما اذا اختارت التنفيذ على حسابه فقد خولها المشرع اختيار طريق التعاقد المناسب ، سـواء بطريق المناقصـة العامة ، أو المناقصة المحدودة أو المناقصـة المحلية أو الممارسـة ، وذلك مع مصادرة التأمين النهائى المسـتحق على المقاول وقت سـحب العمل ، والحصـول على جميـع ما تسـتحقه الجهـة الاداريـة من غـرامات

(١) استشهدت الفتوى هنا بمقال للفقيه جيز فى مجلة القـانون العام سـنة ١٩٣٥ ، جزء ٥٢ ص ٨٣ ٠

وفى الموضوع انتهت الفتوى الى أنه : « يكون للحكومة أن تقرر وضع سكة حديد الدلتا تحت الحراسة للمدة التى تحددها ، متى ثبت لها أنها قد قد ارتكبت مخالفات جسيمة لعقد الامتياز ٠ ولما كان العقد المبرم مع شركة حديد الدلتا قد أبرم بينها وبين وزير الأشغال العمومية بتفويض من مجلس الوزراء ، فان وضع المرفق تحت الحراسة يكون بقرار من هذا المجلس » ٠

وتعويضات ، واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة لسحب العمل ٠

وقد خول المشرع فى ذات المادة جهة الادارة الحق فى احتجاز كل أوبعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية ، ومبان ، والات ، وأدوات ، ومواد وخلافه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأى سبب كان ، أو دفع أى أجر عنها ، كما يكون لها الحق أيضا فى الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ، ضمانا لحقوقها ، بل وخولها المشرع حقا خطيرا ، وهو بيع الأدوات المشار اليها « دون أدنى مسئولية من جراء البيع » ٠

وكان يقابل المادة ٨٢ من اللائحة الجديدة ، المادة ٩٤ من اللائحة الملغاة ، والتى التزمت صياغة مغايرة ، فقد ذكرت خمس حالات يترتب على خطأ الملتزم فيها حق الادارة فى سحب العمل منه وهى : ١ ــ التأخير فى بدأ التنفيذ أو البطء فيه بدرجة كبيرة ٠ ٢ ــ التوقف عن العمل مدة ١٥ يوما ٠ ٣ ــ ترك العمل كلية أو الانسحاب منه ٠ ٤ ــ اخلال المتعاقد بالتزاماته ، ورفضه اصلاح خطئه خلال ١٥ يوما من تاريخ اخطاره ٠ ٥ ــ اذا كان للادارة الحق فى فسخ العقد نتيجة لتواجد المقاول فى احدى الحالات المنصوص عليها فى المادة ٨٥ من اللائحة ، وهى استعمال الغش أو التلاعب ، أو الشروع فى الرشوة ، أو الافلاس أو الاعسار ٠

كما أن المادة ٥٣ من ذات اللائحة كانت تنص على أنه اذا لم يقم مقدم العطاء الذى اختير بتقديم التأمين النهائى خلال المدد المنصوص عليها ، فان للادارة « أن تلغى العقد وتصادر التأمين المؤقت[1] » (وهذه الحالة لا تعنينا هنا) « أو أن تنفذه كله أو بعضه على حساب صاحبه بمعرفة تلك الجهة أو بواسطة آحد مقدمى العطاءات التالية لعطائه أو الممارسة أو بمناقصة عامة أو محلية ٠٠٠ » ٠

---

(١) وذلك مع مراعاة ما ورد فى المادة ٧٦ من ذات اللائحة من جواز قبول التأمين رغم التأخر بشروط خاصة ٠

ولقد كان نص المادة ٩٤ من اللائحة الملغاة يثير تساؤلا عما اذا كانت الحالات التى وردت فى المادة ٩٤ (أو فى غيرها) قد ذكرت على سبيل الحصر ، بمعنى أن الادارة لاتستطيع أن تسحب العمل من المقاول الا فى الحالات التى ذكرتها النصوص صراحة • وكان رأينا أن هذا التفسير لا يمكن التسليم به ، لأن الواقع أن وسائل الضغط التى تلجأ اليها الادارة ، انما تستمدها من طبيعة العقد الادارى وصلته بالمرافق العامة ، ومقتضيات سير تلك المرافق • ومن ثم فاننا لم نتردد فى توكيد حق الادارة فى سحب العمل من المقاول فى كل حالة يخطىء فيها ، وترى أن هذا السحب ضرورى لتحقيق الصالح العام • وهذا المعنى واضح من الفقرة الرابعة من المادة ٩٤ ، فانها فى حقيقتها تجعل التعداد الوارد بالمادة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر •

ولكن ذكر حالات معينة فى النصوص ، مع تخويل الادارة حق سحب العمل من المقاول اذا تواجد فيها ، له فائدة أساسية ، تتعلق بمدى رقابة القضاء • ففى هذه الحالات ليس للقاضى أن يتدخل للحكم على مدى ملاءمة السحب للخطأ ما دام أن ذلك الخطأ من بين الأخطاء التى تبرر السحب فى نظر المشرع • أما فى الحالات غير المنصوص عليها ، فان للادارة أن تسحب العمل ، ولكن يكون للقضاء فى هذه الحالات الحكم على مدى ملاءمة السحب للأخطاء المنسوبة الى المقاول • لكل هذا فان المشرع فى اللائحة الجديدة قد سلك سبيل التعميم ، فترك الأمر لترخص جهة الادارة ، تحت رقابة القضاء الادارى وهو مسلك يتسم بالمرونة •

ثانيا — ما الذى يترتب على السحب من آثار ؟ سحب العمل من المقاول ليس الا اجراء تمهيديا ، يعقبه اجراء آخر • وقد واجهت المادة ٩٤ من اللائحة الملغاة ، والمادة ٨٢ من اللائحة الجديدة الاحتمالات التى تعقب السحب ، فأجازت للادارة أن تقوم بأحد التصرفات الآتية :

١ - أن تقوم بنفسها على حساب المقاول بتنفيذ الأعمال التى لم تتم كلها أو بعضها ٠

٢ - أن تطرح فى المناقصة من جديد الأعمال التى لم تتم كلها أو بعضها ٠

٣ - أن تتفق مع أحد المقاولين بطريق الممارسة لاتمام العمل ٠

وفى جميع الحالات يكون لجهة الادارة حق حجز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت ومبان وآلات وأدوات ٠٠٠ الخ لتستعمله فى اتمام العمل ، وليكون ضمانا لحقوقها قبل المقاول ٠

وواضح مما تقدم ، أن الاجراءات التى نصت عليها المادة السابقة ، لا تنهى العقد ، بل ان العقد الأصلى يبقى ، وينفذ على حساب المقاول الأصلى ، ويتحمل مخاطره ٠ وكانت اللائحة القديمة تنص على أن الادارة اذا نفذت العملية بنفسها ، وأسفرت عن كسب ، فان المقاول لا يحق له أن يطالب « بأى وفر يتحقق » فكأن هذه الفقرة قد تضمنت عقوبة تكميلية لتقصير المقاول فى تنفيذ التزاماته ٠ ووفقا لقواعد التفسير السليمة فانه لا يمكن اعمال هذا الحكم ، ما دام المشرع قد أغفل النص عليه فى اللائحة الجديدة ٠

ويجوز الجمع بطبيعة الحال بين وسائل الضغط والعقوبات الأخرى التى لا تتنافى مع طبيعتها ٠ ومن ذلك حق الادارة فى توقيع الغرامات المالية ، ثم التنفيذ على حساب المقاول ٠ ولكن لا يجوز للادارة أن تجمع بين وسائل الضغط وبين الغاء العقد ، لأن وسائل الضغط تستهدف اجبار المتعاقد على أن ينفذ التزاماته ٠ فاذا ألغت الادارة العقد ، فانه لا معنى للالتجاء الى وسائل الضغط ٠ وسوف نرى أن القضاء الادارى المصرى قد قرر هذه المبادىء فيما يتعلق بعقد التوريد ، ولكنها تصدق أيضا على غيره من العقود ٠

ووفقا لحكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٥ (س ١١ ، ص ١٢٨) اذا قامت الادارة بالتنفيذ على حساب

المقاول المقصر ، فانها « تكون ملزمة بنفس شروط المزايدة الأولى ومدتها عدا السعر الذى تحدده المزايدة الثانية ، لأنها فى ذلك تقوم بدور الوكيل ، فتلتزم بما نص عليه فى المادة ٧٠٤ من القانون المدنى من أن تبذل فى هذه الوكالة العناية التى تبذلها فى أعمالها الخاصة ٠ فاذا ما جاوزت شروط المزايدة الأولى بخمسة عشر يوما فلا تحسب هذه الزيادة تأخيرا عليه » ٠

ثالثا – لا يجوز للادارة أن توقع عقوبة السحب ، وما يترتب عليها من آثار ، الا اذا أخطأ المقاول ، بمخالفته لنص صريح فى العقد أو لروح العقد على الأقل ٠ ولقد وجدنا تطبيقا طريفا لهذه الحالة فى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، والذى تتخلص ظروفه فيما يلى : تعاقدت وزارة الشئون البلدية والقروية مع أحد المقاولين بقصد حفر بئر ارتوازى لتزويد أهالى بعض المناطق بالمياه العذبة الصالحة للشرب ٠ ولما بدأ المتعاقد فى تنفيذ العمل ، فوجىء بطبقة صخرية على بعد ٣٣ مترا من سطح الأرض ٠ ولما كانت شروط المناقصة غير واضحة ، ولا تبين كيفية التنفيذ وتفاصيله ، فقد اضطرت المحكمة الى أن تلجأ الى تفسير العقد على ضوء باقى شروطه ، وموقف الادارة من المتعاقد عندما بدأ التنفيذ ٠ ذلك أن المتعاقد حينما بدأ التنفيذ فوجىء فى أول مرة بطبقة صخرية ٠ ولما تظلم للادارة من ذلك ، دفعت له تكاليف الحفر ، وسمحت له بتغيير موقع البئر ٠ ولما غيره ، فوجىء بالطبقة الصخرية مرة أخرى ٠ ولما تظلم للادارة مرة ثانية سلمت الجهات الفنية بأن البئر يحتاج الى آلات حديثة ليست فى حوزة المقاول ، وبالتالى أرست الادارة العملية على غيره ، وصادرت التأمين وأصدرت قرارا بحجز الآلات الموجود بموقع العمل ٠ فلما رفع الدعوى ، قضت المحكمة بأنه « ٠٠٠ قد ظهرت ارادة المصلحة ونيتها بصورة واضحة من أن موضوع العقد لم يكن ينصرف الى الحفر فى الصخر ٠٠٠ ومن حيث انه ترتيبا على ما تقدم ، لم يكن يجوز للحكومة ما دام لتوقف المدعى عن العمل ما يبرره قانونيا طبقا لما اشتمل عليه العقد من نصوص وما انصرفت

اليه نية الطرفين المتعاقدين عند ابرام العقـد مما يعتبر داخلا فى نطاقه ، ما كان يجوز للحكومة أن تقـوم بمصادرة التأمين ٠٠ ومن ثم فما دام المدعى لم يتخلف عن تنفيذ العقد حسبما سبق ايضاحه ، فلا سند اذا للحكومة فى الاستيلاء على هذا التأمين ومصادرته بدعوى توقيـع غرامة ، أو استحقاقا لتعـويض مما يتعين معه الحـكم برد التعويض المذكور ٠

« ومن حيث انه عن طلب المدعى الغاء قرار استيلاء الحكومة على ادواته ومهماته ٠٠٠ مع تسيلمها اليه ، فمن الواضح أن الاجـراء الذى اتخذته الحكومة فى هذا الخصوص انما يكون عند توقف المقاول عن العمل بلا مبرر قانونيا ، ومناطه عدم تعطيل تنفيذ العقـد بأن تقوم المصلحة باستعمال تلك الأدوات والمهات فى انهاء العمل صيانة للصالح العام ، ومن حيث انه متى ثبت أن التوقف عن العمل كان له ما يسانده قانونيا ، فلم يعد هناك أساس شرعى لتطبيق ذلك الاجراء٠ هذا فضلا عن أن شرط حجز الأدوات هو لاستعمالها فى اتمام العمل ، ولم يظهر من الأوراق ما يدل على أن المصلحة استعملت هذ الأدوات فى انجاز العمل[1] ٠٠ »

٣ ـ§ الشراء على حساب المتعاقد المقصر

١ ـ وتستعمل وسيلة الضغط هـذه فى مواجهـة المتعـاقدين المقصرين فى عقود التوريد عادة ٠ وقد نص عليها فى المادة ٩٢ من اللائحة الجديدة ، فى فقرتها الثانية حيث تنص على أنه فى حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الاضافية فيكون لجهة الادارة أن تتخذ أحد الاجرائين التاليين وفقا لما تقتضية مصلحة العمل : أ ـ شراء الأصناف التى لم يقم المتعهـد بتوريدها من غيره على حسابه ، سواء بالممارسة أو بمناقصات محلية أو عامة

(١) القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية ، السيد فتحى عباس الغبارى ضد وزارة الشـئون البلدية والقروية ومصـلحة المجارى ٠ وقد نشر ملخص مخل للحكم فى مجموعة أحكام المحكمة السنة ١١ ، ص ١٠٤ ٠

أو محدودة بنفس الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها • ويخصم من التأمين المودع من المتعهد أو من مستحقاته لدى الجهة أو أية جهة ادارية أخرى قيمة الزيادة فى الثمن ، مضافا اليها مصروفات ادارية بواقع ١٠٪ من قيمة الأصناف المشتراة على حسابه ، وما يستحق من غرامة مدة التأخير فى التوريد • أما اذا كان سعر شراء أى صنف يقل عن سعر المتعهد ، فلا يحق له المطالبة بالفرق ، وهذا لا يمنع من تحصيل قيمة غرامة التأخير المستحقة والمصروفات الادارية • ب ــ انهاء العقد •

وكان يقابل هذه المادة ، المادة ١٠٥ من اللائحة الملغاة ، وكانت تتضمن ذات الأحكام تقريبا •

٢ ــ ويتبين من هذا النص أن الشراء على حساب المورد المتأخر انما يكون جزاء على تأخره فى التوريد عن المدد المحددة بالعقد ، فللادارة فى هذه الحالة ، اذا رأت ألا ضرر من ذلك ، أن تمنحه مهلة اضافية للتوريد مع توقيع غرامات التأخير المنصوص عليها ، ولها أن تلجأ الى الطريقة الثانية وهى الشراء على حسابه اذا رأت أن صالح المرفق يقتضى هذا الاجراء •

وهنا أيضا للادارة أن تشترى بنفسها أو عن طريق متعهد آخر تختاره بمناقصة محلية أو عامة • واذا كانت هذه الطريقة لا تؤدى الى فسخ العقد الأصلى ، فان الشراء فى جميع الحالات يتم على حساب المتعهد المقصر ، كما أن الشراء على حسابه ، لا يعفيه من توقيع غرامات التأخير المنصوص عليها ، بل وحتم النص أن يخصم منه أيضا مصروفات ادارية بواقع ١٠٪ (وكانت اللائحة الملغاة تكتفى ب ٥٪) من قيمة الأصناف المشتراة على حسابه • وأجازت المادة خصم فرق الزيادة فى الثمن والمصاريف الادارية (هذا فضلا عن غرامة التأخير) من التأمين المودع منه أو من مستحقاته لدى جهة الادارة المتعاقدة أو أية جهة ادارية أخرى •

٣ ـ واذا أرادت الادارة الشراء على حساب المورد المقصر ، فيتعين عليها ألا تنهى الرابطة التعاقدية . وهذا واضح من صياغة المادتين ١٠٥ الملغاة ، والمادة ٩٢ من اللائحة الجديدة ، فكلاهما تحتم اتخاذ أحد اجراءين فى مواجهة المورد المقصر : اما الشراء على حسابه وفقا للأحكام السابقة واما انهاء التعاقد ، مع مصادرة التأمين بما يوازى ١٠٪ من قيمة الأصناف المتأخرة أو المرفوضة . وذلك لأن طبيعة وسيلة الضغط اجبار المتعاقد المقصر على تنفيذ التزامه ـ كما ذكرنا ـ وهذا لا يتصور الا اذا كانت الرابطة التعاقدية ما تزال قائمة . وقد أخذت محكمة القضاء الادارى بذات المبدأ فيما يتعلق بعدم جواز الجمع بين وسائل الضغط (الشراء على حساب المتعهد المقصر) وبين انهاء الرابطة التعاقدية كجزاء لعدم دفع التأمين النهائى ، حيث تقول فى حكمها الصادر فى ١٣ يناير سنة ١٩٥٧ : « ومن حيث ان عدم دفع التأمين النهائى فى الميعاد يترتب عليه حق الادارة فى توقيع جزاءات وردت فى البند الثلاثين من المادة ١٣٧ من لائحة المخازن والمشتريات . ومن حيث ان هذا النص سالف الذكر يتضمن جزاءين : أولهما سحب قبول العطاء ومصادرة التأمين ، وثانيهما : الشراء على حساب المتعاقد المتخلف عن دفع التأمين النهائى . ولما كان الجزاء الأول معناه انهاء الرابطة العقدية ، ويترتب عليه انعدام العقد انعداما يستنفد أثره فيعتبر كأن لم يكن ، وكان الجزاء الثانى لا يتضمن انهاء للعقد بالنسبة للمتعاقد المقصر ، بل يظل هو المسئول أمام جهة الادارة ، وتتم عملية الشراء لحسابه وتحت مسئوليته المالية ، ولذلك لا يمكن توقيعه الا مع قيام الرابطة العقدية ، لما كان الأمر كذلك ، فانه لا يجوز الجمع بين هذين الجزاءين فى وقت واحد ، لأن الجمع بينهما يعنى انعدام العقد واعتباره كأن لم يكن ثم استمراره فى نفس الوقت منتجا لآثار معينة وهو ما لايمكن التسليم به .. »[1] .

---

(١) القضية رقم ٤٩٣ لسنة ٦ قضائية ، السيد محمد السيد المنياوى ضد وزارة الشئون الاجتماعية ونشر ملخصه فى مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ص ١٤١ . =

ولكن جهة الادارة فى شرائها على حساب المتعـاقد المقصر تكون بمثابة الوكيل عنه فى هذا الشأن ، فتلتزم ـ طبقا لحكم محكمة القضاء الادارى الصـادر فى ١١ مـايو سنة ١٩٥٨ (السـنتان ١٢ و ١٣ ص ١١٢) ـ بما نص عليه فى المادة ٧٠٤ من القانون المدنى من أن تبذل فى تنفيذ هذه الوكالة العناية التى تبذلها فى أعمالها الخاصة . فاذا تسببت الحكومة بتصرفها فى زيادة الأعباء فان المتعاقد لا يتحمل الا الفرق الذى يرجع الى خطئه .

كما أن المحـكمة الادارية العليا قد أقـرت ذات المبادىء . ومن ذلك حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦١ (السنة ٧ ص ١٠٢) حيث تقول : « لئن كان التنفيذ عينا فى المعاملات المدنية لا يتم الا عن طريق القضاء ، فانه فى العقود الادارية يكون تنفيذ الالتزام عينا بواسطة الادارة تقوم به بنفسها ، وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسئوليته ، فالشراء على حساب المتعهـد المقصر فى تنفيذ تعهـده ، والزامه بفرق السعر ليس عقوبة توقع على المتعهد ، وانما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا تقوم به الادارة بنفسها عند اخلال المتعاقد معها بتعهده ضمانا لحسن سير المرافق العامة واطراد سيرها ، ومنعا من تعطلها بما قد يعرض المصلحـة العامة للضرر اذا توقفت هـذه

= ولما كانت صياغة البند الثامن والعشرين من المـادة ٣٧ من لائحة المخازن والمشتريات غير قاطعة فى ابراز المعنى السابق ، فقد ردت عليها المحكمة » وفسرتها بما يجعلها متمشية مع المعنى الذى حددته بقولها : « ... ومن ثم ترى المحكمة أن التفسير الصحيح للنص سالف الذكر هو أن المشرع عند صياغته لم يقصد من كلمة « كما » (الواردة فى النص) أن تفيد ما يفيده حرف « الواو » باعتباره من حروف العطف لمطلق الجمع بين المعطوف والمعطوف عليه ، وانما قصد بها أن تفيد معنى التخيير بكلمة « أو » وأن يكون لجهة الادارة أن تختـار بين واحد من هذين الجزاءين لا أن تجمع بينهما حتى لا تتعدد الجـزاءات عن فعل واحد ... » ومما يلاحظ فى هـذا الشأن أن المادة ٥٣ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة ، قد كشفت عنها المحكمة . فقد نصت تلك المادة صراحة على أن عدم دفع التأمين النهائى يخول الادارة « ... أن تلغى العقد وتصادر التأمين المؤقت أو أن تنفذه كله أو بعضه على حساب صاحبه بمعرفة تلك الجهة أو بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية لعطائه أو بالممارسة أو بمناقصة عامة أو محلية ... » .

وبذات المعنى راجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ . السنة ٢ ص ١٢٤ وقد سبقت الاشـارة اليه . وقد تضـمنت لائحة المناقصـات والمزايدات الجديدة ذات الصياغة السابقة كما رأينا .

المرافق » . ثم استطردت المحكمة ، توضح حدود هذا التنفيذ على حساب المتعاقد ، بقولها : « وانه وان لم يكن لجهة الادارة — وهى تباشر على حساب المتعهد المقصر شراء الأصناف التى قصر المتعهد فى توريدها — أن تشترى أصنافا غير الأصناف المتعاقد عليها ، الا أن المغايرة هنا تقتضى شيئاً من الايضاح فليس لها أن تشترى سيارات اذا كان التعاقد على دراجات أو تشترى سيارات نقل اذا كان التعاقد على سيارات ركوب .. وهكذا ، وتنتفى المغايرة اذا كان الاختلاف فى جودة الصنف زيادة أو نقصا ، اذا تعذر الحصول على ذات الصنف المتعاقد عليه ، كما لو كان مما يصنعه المتعهد ، فلا يوجد عند غيره ، أو يكون قد نفد من السوق ، فليس ثمة ما يمنع جهة الادارة من أن تشترى على حساب المتعهد ما يماثل الصنف المتعاقد عليه ، وان اختلف عنه جودة زيادة أو نقصا ، وتحاسبه على فرق السعر وفرق الجودة ان كان ، باعتبار أن هذين العنصرين يمثلان الضرر الذى لحق — على سبيل التعيين — بالمصلحة العامة بالاضافة الى غرامة التأخير التى ينص عليها العقد[1] » .

وفى حكمها الصادر فى١٧مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٤٥٩) تقرر أنه « ... اذا اشترت الادارة على حساب المتعهد المقصر ، فانه يسأل بصفة مطلقة عن فروق الأسعار . ومطابقة الأصناف المشتراه على حساب المتعهد المقصر لمواصفات الأصناف المتعاقد عليها ، ليست التزاما على الادارة لمصلحة المتعهد بحيث لا يصح الشراء الا اذا راعته، وانما هى حق للادارة تستأديه لمصلحة المرفق العام . ومن ثم فانها تملك التنازل عن هذا الحق اذا كان التنازل لمصلحة المرفق العام ، كأن يمتنع العثور فى السوق على أصناف مطابقة للمواصفات المتعاقد عليها وكانت الأصناف الأقل جودة فى السوق صالحة للاستعمال ، ويمكن أن تسد حاجة المرفق العام .. »[2] .

---

(١) وبنفس المعنى ، حكمها الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ ، السنة ٧ ص ١٠٢٤ .

(٢) واستطردت الحكم قائلا : « ففى مثل هذه الحالة ، تملك الادارة التنازل عن حقها فى اقتضاء المطابقة فى المواصفات ، ويصح لها الشراء على حساب المتعهد =

والتنفيــذ على حساب المتعهد المقصر ، لا يعد بذاته عقوبة توقع عليه ، وانما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا تقوم به الادارة عند امتناع المتعاقد عن تنفيذ الالتزام واخلاله به « ولا يتأتى ذلك الا عن طريق الابقاء على العلاقة العقدية بين الادارة والمتعاقــد معها ، بحيث تحل الادارة محل المتعــاقد معها فيما لم ينفذ من العقــد على حسابه وتحت مسئوليته ، والزامه بما قد يطرأ على تنفيذ العملية عن فروق في الأسعار أو المصروفات التى يتكبدها نتيجة التنفيــذ على الحساب • ويترتب على ذلك أن يكون المتعهد المقصر مسئولا عن نتائج العملية التى تنفــذ على حسابه ، فيمــا عدا النتائج التى تعــود الى خطأ الادارة • »

٤ ـ ولكن الادارة اذا نفذت الشراء على حساب المتعهد المقصر ، فلا ضير عليها بعد ذلك فى أن تنهى العقــد • وقــد أعلنت محكمة القضاء الادارى هذا المبدأ فى حكمها الصادر فى ٢٤ نوفمبر ســنة ١٩٥٧ والذى تتلخص ظــروفه فى أن سلاح خــدمة الجيش كان قد تعاقد مع أحد الأفــراد على توريد كميــة من المكرونة ، فتأخــر فى التوريد بحجة أن المصنع الذى يتعامل معه قد تعطلت آلاته • فاشترت الادارة على حسابه الكمية المتبقية ، ثم فسخت عقــده ووقعت عليه غرامة التأخير • ولما احتج المتعاقد بتعدد الجــزاءات ، وأن الادارة يكفيها الشراء على حسابه ، ردت المحكمة قائلة : « •• وليس ثمة ما يمنع الجمع بين الجــزاءات لاختــلاف السبب فى توقيــع كل منها ، فغرامة التأخير ••• تعتبر وسيلة لمنــع التأخير فى التوريد وجــزاء يوقع بسبب التأخير فى التــوريد • أما الشراء على حساب المتعهــد بالتنفيذ المباشر فيكون بعد أن يثبت عجزه عن التوريد » •

= المقصر من الأصناف الأقل جودة ، اذ أن تسيير المرفق العام فى أية صورة خير من تعطيله • فاذا كان الثابت أن المسامير المطابقة للمواصفات المتعاقد عليها نفذت من الســوق وقت الشراء على حساب المدعى مما اضــطر الهيئة المدعى عليها الى شراء الأصناف المحلية التى وان كانت أقل جودة الا أنها صالحة للاستعمال ، فان المدعى لما تقدم يكون مسئولا عن فرق السعر وملحقاته عن المصاريف الادارية ، كما يكون مسئولا عن غرامة التأخير طبقــا للعقد والتى يجوز الجمع بينهمــا وبين الشراء على حساب المتعهد المقصر » •

أما بخصوص فسخ الادارة للعقد بعد تنفيذ الشراء على حساب المتعهد المقصر ، فقد قالت بشأنه ، ان تصرف الادارة سليم « ٠٠ ما دام أن مباشرة السلاح لأصل حقه فى التنفيذ المباشر كان فى وقت يتمتع فيه بهذا الحق »[1] ٠

كما أن المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٧١ (س ١٦ ، ص ١٣) أجازت الجمع بين العقوبات وفسخ العقد فى قضية تتلخص ظروفها فيما يلى : نص فى أحد عقود التوريد على حق الادارة فى فسخ العقد ومصادرة التأمين اذا خالف المتعاقد شروط العقد ثلاث مرات خلال ثلاثين يوما ٠ فلما بدأ المتعاقد فى ارتكاب المخالفات نفذت العقد على حسابه ، حتى اذا تكاملت المخالفات ثلاث مرات خلال ثلاثين يوما فسخت العقد وصادرت التأمين ، فقررت المحكمة الادارية العليا سلامة موقف الادارة من هذه الجزاءات حيث تقول : « ٠٠ ان طبيعة حق وكيل الوزارة فى فسخ العقد ومصادرة التأمين تقتضى بالضرورة سبق اخلال المتعاقد مع الادارة بشروط العقد عددا معينا من المرات فى أمد معين ٠ ولا يسوغ أن تقف الادارة حيال هذا الاخلال المتكرر لشروط العقد ، وأثناء تنفيذه موقفا سلبيًا ، فلا تقوم بشراء الأصناف المطلوبة على حساب المقصر وما يستتبه ذلك بحكم اللزوم من توقيع الجزاءات المترتبة عليه ، انتظارا لتوافر الشروط المبررة لفسخ العقد ومصادرة التأمين ، لا يسوغ ذلك ، لأنه فضلا عن مخالفته لنصوص العقد ، فانه من شأنه التضحية بالمصلحة العامة التى تتطلب وجوب السير فى تنفيذ العقد دون توقف »

وهذه الحالة بخلاف حالة توقع خطأ معين ، وتحديد مبلغ اتفاقى

---

(١) وكانت ادارة سلاح خدمة الجيش قد نفذت على حساب المتعهد فى يوم ٢٦ يونية سنة ١٩٥٤ ثم ألغت العقد فى اليوم التالى (٢٧ يونية ١٩٥٤) وتم التوريد ، (أى تنفيذ الشراء على حساب المتعهد المقصر) بعد هذا التأخير ٠

القضية رقم ٤١٨٦ لسنة ٩ قضائية ، السيد صلاح الدين جلال ضد وزارة الحربية ٠ مجموعة أحكام المحكمة ، السنتان ١٢ و ١٣ ص ٢٣ ٠

لمواجهته فان على الادارة أن تقنع بهذا الجزاء الاتفاقى كما أوردنا فى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٨ ابريل سنة ١٩٦٧ (سبق) .

هـذا وقد قررت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٦ يناير سنة ١٩٨٢ (مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ٢٧ ص ٢٣٦) أن من حق المورد الذى تقرر الادارة شطب اسمه من سجل الموردين أن يطعن فى هذا القرار فى أى وقت « ما ظل قائما ومستمرا فى انتاج آثاره » .

الفرع الثالث

فسخ العقد (Les sanctions résolutoires)

يستهدف هذا الجزاء انهاء الرابطة التعاقدية ، وبالتالى فانه يفترض أن المتعاقد قد أخطأ خطأ جسيما (particulièrment grave) ولا تلجأ الادارة الى هذا الجزاء الا مضطرة ، واذا وجدت أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد (ultima ratio)

واذا كان جزاء الفسخ على مسئولية المتعاقد (resiliation aux torts du cocontractant) يتناول جميع العقود الادارية ، دون حاجة الى نص ، فان مجلس الدولة الفرنسى يميز فى هذا الصدد بين عقد الامتياز ، وسائر العقود الادارية .

١ - § الفسخ فى حالة عقد الامتياز

١ - يستعمل مجلس الدولة الفرنسى هنا عادة اصطلاح اسقاط الالتزام (La déchéance du concessionnaire) أما فى العقود الأخرى فيستعمل اصطلاح « الفسخ » (resiliation) . والعادة أن تتضمن عقود الامتياز شروطا مفصلة تبين الحالات التى يكون للادارة فيها حق فسخ عقد الامتياز كعقوبة . ولكن المسلم به أن حق الادارة فى توقيع هذا الجزاء معترف به حتى ولو لم ينص عليه فى العقد . غير أن للنص

عليه فى العقد فائدة كبيرة ، اذ تستطيع الادارة ـ بمقتضى نص صريح فى العقد ـ أن تحتفظ بحق توقيع جزاء الفسخ بنفسها ، دون حاجة للالتجاء الى القاضى ، كما هى القاعدة فى غير تلك الحالة .

٢ ـ ولما كان فسخ عقد الامتياز يتضمن خطورة بالغة بالنسبة الى الملتزم الذى يتكلف عادة مبالغ طائلة فى سبيل اعداد المرفق ، وتهيئته لأداء الخدمة المنوطة به ، فان مجلس الدولة الفرنسى يحيط حق الفسخ أو الاسقاط فى هذه الحالة بقيود شديدة يمكن أن نجملها فيما يلى :

أولا ـ يجب أن يرتكب الملتزم خطأ بالغ الجسامة (une faute très grave) لا تجدى فى مواجهته وسائل الضغط التى تتمتع بها الادارة[1] . والى هذا المعنى أشارت محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٥٧ حيث تقول « ... واذا كان سحب الالتزام ... يعتبر جزاء شديدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة ، فان التجاء الادارة اليه لا يكون الا فى أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الاهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء الخدمات المطلوبة ... »[2] . كما أن الجمعية العمومية للقسم الاستشارى تؤكد ذات المعنى فى فتواها الصادرة فى فبراير سنة ١٩٥٨ (سبقت) حيث تقول : « ان اسقاط

---

(١) جاء فى تقرير المفوض «Romieu» بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩٠٧ فى قضية «Deplanque» (وقد سبقت الاشارة اليه) قوله بهذا الخصوص :

«La déchéance est une mesure tellement grave que l'on dévra hésiter d'y avoir recours. Elle pourra dans bien des cas constituer une sanction trop radicale trop sévère pour le concessionnaire, trop génante pour la puissance publique qui n'a aucune envie ni de voir le service public désorganisé, ni d'en assurer la direction».

وراجع تعليق اليبنز على حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ste,rurale de distribution electrique» مجموعة سيرى ، سنة ١٩٣٥ ، القسم الثالث ، ص ١٢٥ .

(٢) السنة ١١ ص ٢٣٩ .

الامتياز ما هو الا جزاء توقعه السلطة مانحة الالتزام على الملتزم نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفها فى ادارته للمرفق بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان الى استمراره فى ادارة المرفق وتسييره »[١] .

ولأجل هذا يجرى مجلس الدولة الفرنسى على أن ينعت الخطأ المبرر لجزاء الاسقاط بنعوت مميزة ومن ذلك مثلا قوله « ان الخطأ على درجة خاصة من الجسامة »[٢] (d'une particulière gravité) أو أن الملتزم « ... قد دأب على مخالفة التنظيمات الفنية والمالية للمرفق المدار عن طريق الالتزام »[٣] .

«Méconnaissance systématique de ses obligations par le concessionnaire dans l'organisation technique et financière du service concédé.

ومن ثم فان مجلس الدولة الفرنسى كثيرا ما يرفض الحكم باسقاط الالتزام رغم ثبوت خطأ الملتزم وتقصيره اذا رأى أن الخطأ لا يتلاءم وقسوة الجزاء . ففى بعض أحكامه مثلا يقرر أن الخطأ الذى تطلب الادارة توقيع جزاء الاسقاط من أجله ، قد يبرر وضع الالتزام تحت الحراسة ، ولكنه لا يبرر فسخ العقد[٤] .

ولا تقف سلطة مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد عند حالة الفسخ الذى يتعين أن ينطق به القاضى ، بل انه يراقب مدى ملاءمة

---

(١) كما تقرر فى فتواها الصادرة فى ١٩٥٣/١/٢٨ ، مجموعة الأستاذ سمير أبو شادى السابقة ص ٧٠ : « ان للادارة بما لها من رقابة واشراف على سير المرفق اسقاط الالتزام كجزاء على اخلال الملتزم بما يفرضه عليه عقد الامتياز من التزامات . والذى يبين مما استقرت عليه أحكام مجلس الدولة فى فرنسا ، أن اسقاط الالتزام هو جزاء متعلق بالنظام العام ، يكون للادارة الالتجاء اليه حتى ولو لم يرد عليه نص فى عقد الالتزام كلما وقعت من الملتزم أخطاء جسيمة فى ادارة المرفق ، وأن هذا جائز حتى لا يتعطل سير المرفق اذا تخلف الملتزم عن تنفيذ الزامات جوهرية أخرى كالوفاء بالتزاماته المالية قبل الحكومة » .

(٢) حكمه فى ١٣ يونية سنة ١٩٤٢ فى قضية «Nouvelle Société fermière de Luxeuil» المجموعة ص ٢٥٩ .

(٣) حكمه فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٧ فى قضية «Société des eaux d'Ypert» المجموعة ص ٣٨٩ .

(٤) حكمه الصادر فى ١٠ أغسطس سنة ١٩٢٣ فى قضية «Société d'éclairage de la ville d'Oloron» المجموعة ص ٦٨٢ .

جزاء الاسقاط لجسامة المخالفة فى حالة ما اذا احتفظ العقد للادارة صراحة بحق توقيع جزاء الفسخ دون حاجة للالتجاء الى القضاء ، ولا يكون ذلك الا بناء عن طعن من المتعاقد بطبيعة الحال[1] .

ومن الأخطاء التى تبرر الفسخ فى نظر مجلس الدولة الفرنسى وقف استغلال المرفق أو توقف الاستغلال فى فترات متلاحقة[2] ومنها أيضا التنازل عن العقد دون موافقة الادارة على النحو الذى رأيناه فيما سلف ، وعدم احترام الملتزم للاوامر التى تصدر من الادارة بخصوص ادارة المرفق[3] ، وعدم وفائه بالتزاماته المالية قبل الادارة[4] ... الخ .

ثانيا : اعذار الملتزم (La mise en demeure préalable) يجب على الادارة قبل توقيع جزاء الفسخ ، أن تعذر الملتزم ، وغالبا ما تنص وثائق الالتزام على هذا الشرط،ولكن مجلس الدولةالفرنسى يجعل منه شرطاأساسيا للقضاء بالفسخ،حتى ولو خلا العقد منالنصعليه، بحيث لا تتحرر الادارة منه الا بناء على شرط صريح فى العقد[5] أو اذا ثبت من ظروف الحال أن الاعذار لا فائدة منه ، كما لو أعلن الملتزم نفسه عجزه التام عن ادارة المرفق[6] .

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢ مايو سنة ١٨٩٢ فى قضية «Tessier» المجموعة ص ٤٩١ مع تقرير روميو ، وتقرير نفس المفوض فى حكم المجلس الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٥ فى قضية «Cie departementale des eaux» وقد سبقت الاشارة اليه .

(٢) حكمه فى ٢١ مارس سنة ١٩٠٢ فى قضية «Chambon» المجموعة ص ٢٤٤ وفى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ فى قضية «Societe L'Energie industriéllé» المجموعة ص ١٠٦٢ .

(٣) حكمه الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٣٩ فى قضية «Berthod» المجموعة ص ١٤٧ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ١٠ يوليو سنة ١٩٣٥ فى قضية «Blazy» ص ٢٩٠ ، وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Cie fermière de Leuchon» المجموعة ص ١١٦٩ .

(٥) حكم المجلس الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Léoni» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٤ .

(٦) حكم المجلس الصادر فى ٢١ مارس سنة ١٩٥٢ فى قضية «Chambon» المجموعة ص ٢٤٤ .

ثالثا : يتعين أن يحكم القاضى بالفسخ : وهذه الخصيصة ينفرد بها عقد الامتياز ، على خلاف القاعدة العامة والتى تقضى بحق الادارة فى توقيع الجزاءات بنفسها دون حاجة للالتجاء الى القضاء .

ولكن للادارة أن تسترد حقها فى هـذا الصدد عن طريق شرط صريح يرد فى **عقد الامتياز**[1] . وفى هـذه الحـالة يكون من حق القاضى أن يحكم بالغاء قـرار الفسخ (أو الاسقاط) الصادر من الادارة بطريقة غير سليمة وبالتعويض عنه اذا ترتب على القـرار أضرار[2] .

ولم نجد قضـاء لمجلس الدولة المصرى فى خصـوص الشرطين الأخيرين .

٣ — ويترتب على صدور قرار الفسخ (أو الاسقاط) نهاية العقد. وبهذا يختلف الاسقاط عن وضـع المرفق تحت الحراسـة . ونهاية العقد لا تعنى بالضرورة نهاية المرفق العام ، بل للادارة كامل السلطة فى أن تعمل على استمرار المرفق العام اما بأن تديره بنفسها أو بأن تعهد الى ملتزم آخر يتلك الادارة ، مع تحميل الملتزم القـديم كافة النفقات التى تترتب على تغيير طريقة الادارة . وهكذا يمكن الجمع بين العقوبات الأخرى ، كالجـزاءات المالية التى تتمثل فى فقـدان الضمان المالى ، وفى جواز المطالبة بتعويضات عما يترتب على الفسخ من آثار .

ويرجع عادة الى شروط العقد لتصفية الآثار المالية المترتبة على اسقاط الالتزام . وقد أتيح لقسم الرأى مجتمعا أن يصدر فتـوى بهذا الخصوص فى ٢ مارس سنة ١٩٥٤ ضمنها بعض المبادىء التى تحكم الآثار المالية لعملية الاسقاط بقوله : « ... اسقاط الالتزام

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية «Ville d'Avallon» المجموعة ص ٢٩٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٣٩ فى قضية «Goutheron» المجموعة ص ٢٩٥ .

يؤثر على قيام حـق السلطة الادارية فى تعديل شروط الالتزام اذا قـدرت فى الفترة ما بين الاسقـاط وبين الاعلان عن المـزايدة أن انتظام المرفق وحسن سيره تحت ادارة الملتزم الجـديد يتطلب ادخال تعديل على الشروط التى يمنح الالتزام على مقتضاها • فاذا ترتب على هذا التعديل مساس بحقوق الملتزم القديم كان على الحكومة تعويضه عن نتائج ذلك • وتطبيقـا لهذه القـواعد ،فأنه اذا كانت حقوق الملتزم القديم تنحصر فى الحصول على قيمة مهمات المرفـق وأدواته التى تحدد بالاتفـاق بينه وبين الحـكومة أو بمعرفة الخبراء ، مما يترتب عليه أن التعـويض الذى يحصل عليه الملتزم القـديم نتيجة لاسقاط حقه فى الالتزام وايلولة معدات المرفق وادواته الى الملتزم الجديد لاتتوقف قيمته على نتيجة المزايدة بل يحدد مقدما بالاتفـاق أو بمعرفة الخبراء ، فان المفروض ألا يؤدى تعديل شروط الالتزام الى مساس مباشر بحقوق الملتزم القديم ، ولكنه قد يؤدى أحيانا الى الاضرار بمصالح الملتزم القديم بطريق غير مباشر ، كما لو كان من شأن الشروط المعدلة احجام المتزايدين عن عرض الثمن الذى قدرت به مهمات الملتزم القديم وأدواته بما يؤدى الى فشل المزايدة ، ففى هذه الحالة يكون للملتزم القديم الحق فى التعويض المناسب •

« ان الملتزم الجـديد الذى يرسو عليه المزاد انما يعـرض ثمنا مقابل حق استغلال المرفق كحـق معنوى قائم بذاته ، ولكنه لا يلزم بدفع ديون الملتزم القـديم الذى يكون لأصحابها الرجوع بها عليه بكافة الطرق القانونية بما فى ذلك الحجز على نصيبه من الثمن الذى يرسو به المزاد ••

« ولما كان الأصل أن الحكومة هى التى تتولى ادارة المرافق العامة ، الا اذا رأت أن تعهد الى ملتزم بادارتها نيابة عنها ، فانه مما لاشك فيه أن الحكومة تملك فى أى وقت اعفاء الملتزم من مهمته لتتولى هى بنفسها ادارة المرفق • وتطبيقا لهذا الأصل يكون للسلطة مانحة الالتزام دائما استرداد المرفق أثناء قيام الالتزام ، ولو لم ينص على

ذلك فى العقد ، لأن حقها فى ذلك متصل بالنظام العام ، ولا يختلف الأمر بعد اسقاط الالتزام عنه فى أثناء قيامه ، فلا تلتزم الحكومة بأن تبيع المرفق فى مزايدة عامة لتعين ملتزم جديد ، بل يكون لها أن تقرر ادارته بطريق الريجى رجوعا منها الى الطريقة الأصيلة فى ادارة المرافق العامة • وفى هذه الحالة تقدر قيمة التعويض الذى يستحقه الملتزم القديم مقابل الخطوط والمهمات والأدوات بالاتفاق أو بمعرفة القضاء ••• »[1] •

وفى فتوى القسم الصادرة فى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٣[2] ، يقرر المجلس ، أن للادارة قبل أن تلجأ الى عقوبة الاسقاط ، « أن تتخذ من الاجراءات الوقتية ما يكفل استمرار سيره (المرفق) وذلك لحساب الملتزم وتحت مسئوليته • فان استطاع الملتزم أثناء المدة التى تستمر فيها هذه الاجراءات الوقتية اثبات قدرته على اعادة تسيير المرفق كان بها ، ولا حق للادارة اسقاط الالتزام لانهاء حق الملتزم فى الاستغلال ثم عرض المرفق وادارته فى المزايدة تمهيدا لمنح حق الاستغلال الى ملتزم جديد • » ثم انتهى القسم الى تفصيل فتواه على النحو الآتى :

١ ـ ان للحكومة اذا شاءت أن تقرر اسقاط التزام منح لشركة تدير مرفقا عاما ، ومصادرة التأمين المدفوع منها ، ويكون ذلك بقرار من مجلس الوزراء ، وذلك دون حاجة الى اعذار سابق •

٢ ـ بعد أن يتقرر اسقاط الالتزام تعلن الحكومة عن مزايدة عامة لبيع المرفق ومعداته وادارته وفقا لأحكام عقد الالتزام تمهيدا لاختيار ملتزم جديد ، وتشمل المزايدة حق استغلال المرفق فى ذاته •

٣ ـ اذا رأت الحكومة بعد الاسقاط أن المصلحة العامة تقتضى استمرار سير المرفق أثناء المدة التى تستغرقها اجراءات المزايدة ، فتكون ادارة المرفق فى هذه الحالة بمعرفتها وعلى حسابها وتحت

(١) فتوى قسم الرأى مجتمعا رقم ٧٧ الصادرة فى ٢ مارس سنة ١٩٥٤ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة الثامنة ومنتصف التاسعة ، ص ٥٣ •

(٢) مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٧٠ •

مسئوليتها لحين اتمام المزايدة ، ولها أن تستخدم لهذا الغرض جميع موجودات المرفق » •

على أننا نضيف الى هـذه الاحتمالات ، حق الادارة فى أن تدير المرفق بنفسها مباشرة ، سـواء عن طريق المركزية الادارية بالحاقه بوزارة من الوزارات ، أو عن طريق اللامركزية الادارية بتحويله الى هيئة عامة • والاسقاط بهذا المعنى ــ كما تقول الجمعية العمومية للقسم الاستشارى فى فتواها الصادرة فى فبراير سنة ١٩٥٨[١] : « لا يعنى حل الشركة التى تقوم بادارة المرفق وانقضـاء شخصيتها المعنـوية ، وكل ما يعنيه هو أقصاؤها عن ادارة المرفق الذى كانت تديره لحسابها ، وتحت مسئوليتها، نظرا لما ثبت من عجزها عن ادارته على وجه يحقق الصـالح العام » وقد رتبت الفتـوى على ذلك نتيجة بالغة الأهمية ، وهى بقاء الذمة المالية للشركة ، « ومن ثم لا يستطيع دائنو الشركة أن يطالبوا غيرها بديونهم ، أو يستوفوا حقوقهم من غير ما لهـا ، لأن مخـاطر ادارة المرفق تقع على عاتق الشركة التى منحت امتيازه ، وعليها وحدها أن تتحمل النتائج المترتبة على هـذا الاسقاط » •

ولما كان الاسـقاط يتم كعقـوبة توقـع على الملتزم ، فانه يتم بلا تعويض • وبهـذا يختلف عن الاسترداد «rachat» والذى سوف نعرض له فيما بعد ، اذ يصحبه تعويض دائما •

٤ ــ والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، أن سلطات القاضى ــ سواء فيما يتعلق بوسائل الضغط التى تلجأ اليها الادارة فى مواجهـة الملتزم أو فيما يخص عقـوبة الفسـخ ــ هى سلطات واسعة ، لا فيما يتعلق بمدى الرقابة التى يبسطها على العقـوبة من حيث المشروعية والملاءمة فحسب ، ولكن من حيث الحكم الذى يملك أن ينطق به فى مواجهة الادارة • فالقاضى الادارى فى فرنسا ــ كما هو الحال فى مصر ــ يستطيع دائما ، وفى جميع الحالات ، أن يحكم

---

(١) سبقت الاشارة الى هذه الفتوى •

على الادارة بالتعويض اذا ما سببت بتصرفها المعيب ضررا للمتعاقد ، ولكن فى مجال عقود الامتياز يستطيع القاضى أيضا أن يحكم بالغاء القرارات الادارية الصادرة بالعقوبة اذا ما قدر أنها غير مشروعة أو غير ملائمة لجسامة الخطأ ·وقضاؤه مستقر فى هذا المعنى[١] ·

٢ — § الفسخ فى حالة العقود الأخرى

١ — نص كل من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، ولائحته التنفيذية على حالات كثيرة يحق للادارة فيها أن تفسخ العقد بمجرد قرار يصدر منها وذلك على النحو التالى :

أولا : من الحالات التى أجاز فيها القانون فسخ العقد بمجرد قرار من الادارة :

١ — المادة ٢٤ من القانون والتى تخول الادارة هذا الحق اذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى الواجب ايداعه فى المدة المحددة ·

٢ — المادة ٢٧ من القانون والتى توجب فسخ العقد ومصادرة التأمين فى ثلاث حالات هى : (أ) استعمال الغش أو التلاعب · (ب) الشروع فى رشوة أحد الموظفين · (جـ) الافلاس أو الاعسار ·

٣ — المادة ٢٨ من القانون ، والتى تخول الادارة فسخ العقد اذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد ·

ثانيا : ومن الحالات التى أجازت فيها اللائحة التنفيذية فسخ العقد بقرار من الادارة أيضا :

١ — المادة ٧٤ وقد أشارت الى الحكم المقرر فى المادة ٢٨ من القانون ·

---

(١) راجع حكم المجلس الرئيسى فى هذا الصدد والصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩٥٧ فى قضية «Deplanque» وقد سبقت الاشارة اليه · وراجع حكمه الصادر فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٢٦ فى قضية «Ville de st. Etienne» المجموعة ص ٩١١ ، وفى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Sté d'entreprise» المجموعة ص ٢٣ · =

٢ ـ المادة ٧٦ من اللائحة والتى تجيز للادارة فسخ العقد اذا توفى المتعهد أو المقاول .

٣ ـ المادة ٨٢ من اللائحة والتى تجيز للسلطة المختصة فسخ العقد اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أغفل الوفاء بأحد التزاماته المقررة بشرط اخطاره بخطاب موصى عليه بعلم الوصول ومنحه مهلة خمسة عشر يوما لاصلاح خطئه .

٤ ـ الفقرة ب من المادة ٩٢ من اللائحة والتى تقرر هذا الجزاء فى حالة تأخر المتعاقد فى توريد الأصناف التى تعاقد على توريدها .

٢ ـ والمسلم به ـ وفقا للمبادىء الأساسية فى العقود الادارية ـ أن تلك الحالات قد وردت على سبيل التمثيل لاعلى سبيل الحصر ، لأن للادارة حقا أصيلا فى فسخ العقود الادارية اذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ، اخلالا يستلزم هذه العقوبة الصارمة . وهنا أيضا يتطلب مجلس الدولة الفرنسى الشروط التالية للسماح بتوقيع عقوبة الفسخ :

(أ) الخطأ الجسيم (une faute grave): وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسى خطأ جسيما يبرر الفسخ ، اهمال المتعاقد للاعمال أو وقف التوريد[1] والتنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه دون اذن سابق من الادارة[2] والتجاء المتعهد الى الغش[3] ، أو تسليمه بضائع

= ويستطيع مجلس الدولة الفرنسى أن يجمع بطبيعة الحال ، بين الالغاء والتعويض . راجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٣٩ فى قضية «Gautheron» المجموعة ص ٣٩٥ .

(١) حكمه الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى قضية «Lorfeld» المجموعة ص ٩٩١ ، وفى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٢ فى قضية «Macquart» المجموعة ص ٥٢٧ .

(٢) حكمه فى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية «Compagne» مجلة القانون العام سنة ١٩٥٢ ، ص ٥٢٧ .

(٣) حكمه فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية «Monnot» المجموعة ص ١١٢٤ .

رديئة[١] ، أو امتناع المتعاقد عن تنفيذ الأوامر التى تصدرها الادارة اليه[٢] ... الخ .

ومما يلاحظ فى هذا الصدد ، أنه اذا قرر المشرع جزاء الفسخ لخطأ معين ، فليس للقضاء أن يعقب على ذلك . وبالتالى فان الحالات التى ذكرها القانون أو اللائحة – والتى تقرر فيها الفسخ كجزاء وجوبى أو اختيارى للادارة – تكون بمنجاة من رقابة القضاء من حيث الملاءمة لا المشروعية بطبيعة الحال[٣]

(ب) ويشترط مجلس الدولة الفرنسى هنا الاعذار أيضا قبل توقيع جزاء الفسخ[٤] ، الا اذا نص العقد على خلاف ذلك[٥] . أو اذا كانت عقوبة الفسخ نتيجة لاجراء من اجراءات الضغط ، وكان هذا الاجراء الأخير قد سبقه اعذار بطبيعة الحال[٦] .

أما فى مصر فان المشرع لم يجعل الاعذار وجوبيا فى جميع الحالات .

٣ – والفسخ هنا يوقع بقرار من جانب الادارة ، دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء ، بعكس ما ذكرناه فى خصوص عقد الامتياز . وهذا المعنى واضح فى جميع النصوص التى ذكرناها ، والتى أوردها القانون أو لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة .

٤ – ورقابة القاضى هنا أيضا واسعة ، تشمل مشروعية العقوبة وملاءمتها لخطأ المتعاقد . ولكن ما مدى سلطاته فى مواجهة الادارة ؟!

---

(١) حكمه فى ٤ مايو سنة ١٩٢٨ فى قضية «Champion» المجموعة ص ٥٥٩ .

(٢) حكمه فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville de Bordeaux» المجموعة ص ٧٥٩ .

(٣) حكمه فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Pasquelin» المجموعة ص ٩٥٢ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية «Bouyssy» ص ٩١٢ . وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية «Commune de Saint-Remy» المجموعة ص ٤٩ .

(٥) حكم المجلس فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ فى قضية «Bouyssy» المجموعة ص ١٢١٦ .

(٦) حكم المجلس فى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ فى قضية «Thibon» المجموعة ص ٥٧٢ .

رأينا أن سلطات مجلس الدولة فى مجال عقود الامتياز تشمل الالغاء والتعويض معا • ولكن مجلس الدولة الفرنسى وقف هنا موقفا وسطا فيما يتعلق بعقد الأشغال العامة على الأقل ، فهو يجرى فى خصوصه على الاكتفاء بالحكم بالتعويض اذا وقعت الادارة عقوبة غير سليمة على المقاول فى مجالى وسائل الضغط والفسخ ، بمعنى أنه اذا لجأت الادارة الى اجراء من هذين الاجراءين ، فان مجلس الدولة الفرنسى يعتبره نهائيا ، ولكنه يعوض عنه • وقضاؤه فى هذا الصدد مستقر • نذكر منه على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Pioc»[1] وقد جاء فيه :

«Le juge de contestations relatives aux travaux public n'a pas le pouvoir de pronocer l'annulation des mesures prises par le maître de l'ouvrage envers l'entrepreneurs ; il lui appartient seulement de rechercher si ces actes sont intervenus dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-cui un droit à indemnité».

ولعل تمييز مجلس الدولة الفرنسى بى عقد الامتياز من ناحية ، وبين عقد الأشغال العامة من ناحية أخرى ، يرجع الى ضخامة الأموال التى تنفق فى حالة عقد الامتياز كما ذكرنا ، والى أن عقد الامتياز يخول الملتزم سلطات خاصة فيما يتعلق بالمرفق العام ، تجعله جديرا بالرعاية • ولكن الواقع أن الاعتبارات السابقة قد تصدق على المقاول فى الأشغال العامة ، فمن يتقدم لانشاء كوبرى على النيل ، أو سد ضخم أوتوليد الكهرباء من سد مقام فعلا ••• الخ لا يقل من حيث درجة صلته بالمرافق العامة والصالح العام ، عن ملتزم توريد المياه أو النور أو تسيير عدد من سيارات الأتوبيس ! ولهذا فاننا نعتقد أن قضاء مجلس الدولة السابق ، ان هو الا مرحلة من مراحل تطوره •

وعلى أية حال ، فاننا لم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد ، وان كان حكمه الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (فى

(١) المجموعة ص ٦٩ ، ومن أحكامه القديمة حكمه الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٩٠٥ فى قضية «Zottier» المجموعة ص ٤٤٤٧ ، وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٣ فى قضية «Le loir» المجموعة ص ٦٦ •

القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية وقد سبقت الاشارة اليها) قد ألغى قرارات تتعلق بمصادرة التأمين المقدم من المقاول ، كما أنه حكم بالغاء القرار الصادر من الادارة بالاستيلاء على أدوات المقاول ومهماته الموجودة بمحل العمل وهو وسيلة من وسائل الضغط لا شك فيها • ونحن لا نحبذ التفرقة التى يسير عليها مجلس الدولة الفرنسى فى التمييز بين عقد الامتياز وسائر العقود ، ونفضل التسوية بين جميع العقود الادارية فى هذا الصدد • وهو ما يميل اليه حكم مجلس الدولة المصرى السابق •

٥ ـ وفسخ العقد يترتب عليه انهاء الرابطة العقدية بين الادارة والمتعاقد • ولكن مجلس الدولة الفرنسى يميز بين نوعين من الفسخ :

أولا ـ الفسخ المجرد : (La résiliation aux torts pure et simple)

وهنا تنتهى الرابطة التعاقدية ، ويكون للادارة توقيع غرامات التأخير ، أو المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التى تلحق الادارة نتيجة لفسخ العقد لخطأ المتعاقد •

ثانيا ـ الفسخ على مسئولية المتعاقد (La résiliation aux torts et risques du cocontractant) ونتائج هذا النوع من الفسخ أشد وأقسى من النوع الأول ، لأن الادارة لا تكتفى بالتعويض عن فسخ العقد الأول ولكنها تحمل المتعاقد نتائج العقد الجديد •

ويكون الفسخ فى هذه الصورة ، مصحوبا باعادة طرح الأشغال فى مناقصة عامة على حساب المقاول المقصر فى عقد الأشغال العامة (Résiliation du marché de travaux publics avec réadjudication (la folle enchère de l'entrepreneur) ويجرى مجلس الدولة الفرنسى فى هذه الحالة على عدم السماح بالالتجاء الى هذه الصورة الا اذا نص عليها فى العقد أو فى دفتر الشروط[1] •

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٥ يونية سنة ١٩٥٠ فى قضية «Sté française de construction» المجموعة ص ٤١٦ • وفى هذه القضية كان دفتر الشروط ينص على الفسخ المجرد فى حالة الافلاس ، فلجأت الادارة الى وسيلة الفسخ على مسئولية =

ولما كان موقف المقاول فى هـذه الصورة لا يمكن أن يتضح الا بعد معرفة نتيجة المناقصة الجـديدة ، فـانه لا يستطيع أن يطالب بثمن الأعمال التى نفذها ، أو باسترداد التأمينات المقدمة منه ، الا بعد معرفة النتائج المالية لعملية الارساء الجديدة[١] ٠

وبالرغم من التسمية السـابقة ، فان الادارة ليست ملزمة بأن تلجأ الى طـريقة المناقصات العـامة ، فى العقـد الجـديد ، بل لها أن تختار طـريقة التعاقد عن طريق الممارسة ٠ ولكنها اذ لجأت الى هذا الطريق الأخير ، فيتعين عليها أن تراعى عدم الاضرار بالمتعاقد القديم ، باختيار أفضل الشروط المـالية ٠ وتخضع الادارة لرقابة القضاء فى هذا الصدد[٢] ٠

أما فى حالة عقد التوريد ، فيكون الفسخ مصحوبا باعادة الشراء على حساب المورد المقصر :

«Résiliation du marché de fourniture avec passation d'un nouveau marché par defaut».

ويخضع الفسخ فى هذه الحالة للأحكام السابقة ، اللهم الا فيما يتعلق بحق الادارة فى الالتجاء الى الشراء على حساب المورد المقصر ، دون حاجة لفسخ العقد الأصلى ٠ وتكون هذه الطريقة بمثابة وسيلة من وسائل الضغط ٠

وكل هذه الأحكـام هى مجرد تطبيق للقواعد العامة ٠ ومن ثم يمكن الأخـذ بها فى مصر ، مع ملاحظة أن القـانون رقم ٩ لسـنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية فى المـواد التى سـبق أن استعرضناها ، قد نصا أحيانا على الفسخ المجرد وأحيانا خيرا الادارة بين الالتجاء الى الفسخ المجرد أو التنفيذ على حساب المتعاقـدالمقصر ٠

= المتعاقد ، فلم يقرها المجلس على ذلك ، قائلا بخصوص هذه الوسيلة الأخيرة :

«Elle est une mesure incompatible avec la résiliation pure et simple du marché entrainée par la faillite».

(١) أحكام المجلس مستقرة ، منها على سبيل المثال حكمه الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٤٢ فى قضية «Les Limousins de Paris» المجموعة ص ٥٢ ٠ سة

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ فى قضية «Worms» المجموعة ص ٩٠٣ ، وفى ١٤ مارس سنة ١٩٢٨ فى قضية «Sagné» المجموعة ص ٣٥٨ ٠

الفرع الرابع
الجزاءات الجنائية

١ ــ يحكم هذا الموضوع ، الأصل العــام ، والذى يقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص • وبالتالى فانه لا يجوز للادارة كقاعدة عامة ، أن توقع عقوبات جنائية (des sanctions pénales) على المتعــاقدين معها مهما كانت جسامة المخــالفات التى يرتــكبونها • ومع التسليم بــأن الادارة تســتطيع أن تضمن عقــودها شروطــا استثنائية وغير مــألوفة ــ على النحو والذى فصلناه فى القسم الأول من هذا المؤلف ــ فان تلك الشروط لا يمكن أن تصل الى حد النص على تخويل الادارة توقيع عقوبات جنائية على المتعاقد • ذلك أن تلك الشروط ، حتى ولو قبلها المتعــاقد ، تعتبر باطلة لمخالفتها للنظام العــام • ومن ثم ، فــاذا كانت الادارة تستطيع فى بعض الحــالات الاستثنائية أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقد المقصر ، فان مرجع ذلك الى نصوص القوانين واللوائح التى تملك وحــدها انشاء مثل هذا الجزاء •

٢ ــ ولكن غالبا ما تمارس الادارة سلطة توقيع العقوبات الجنائية على المتعاقد المقصر ، لا بصفتها طرفا فى العقد ، ولكن بصفتها سلطة عــامة • وأهم مجال لهذا الاستعمال هو سلطة البوليس • فالادارة تستطيع ــ فى مصر وفى فرنسا وفى معظم دول العالم ــ أن تصدر لوائح بوليس ، وأن تضمن تلك اللوائح عقوبات جنائية فى الحدود المعتــرف بهــا[١] • واذا خــالف المتعاقد ــ أو أى مواطن آخــر ــ الالتزامات المقــررة بمقتضى تلك اللوائح ، فــانه يتعرض للعقاب الجنائى •

ولكن من الناحية الأخــرى ، ليس للادارة أن تستعمل ســلطات البوليس استعمالا منحرفا (detourné) بقصد اجبار المتعاقد على الوفاء

---

(١) فى التفاصيل ، مؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الادارية » المرجع السابق فى موضوع اللوائح •

بالتزاماته التعاقدية · ومن ثم فانها لا تستطيع مثلا أن تضفى صفة لائحة البوليس على دفتر من دفاتر الشروط ، كما أنها لا تستطيع أن تصدر لائحة بوليس لا تستهدف من ورائها الا اجبار المتعاقد على التنفيذ ··· الخ وكل هذه المحاولات يقضى عليها مجلس الدولة الفرنسى باستمرار[١] ولا شك فى أن ذات المبادىء تطبق فى مصر · أما اذا استعملت الادارة سلطة البوليس استعمالا سليما ، فان من حقها أن توقع على المتعاقد الجزاءات المقررة ، سواء استعملت الادارة سلطات البوليس العام أو البوليس الخاص كبوليس السكة الحديد ، أو الغابات أو الآثار ··· الخ[٢] ·

هذا ونجد أن المادة ٧٧ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة قد فرضت على المقاول اتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية كما جعلته مسئولا عن « حفظ النظام بموقع العمل ، وتنفيذ أوامر جهة الادارة بابعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط · ويلتزم المقاول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد · وتعتبر مسئوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة ·

وفى حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق فى تنفيذها على نفقته · » وقد وردت أحكام مماثلة فى المادة ٨٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاه ·

---

(١) حكمه الصادر فى ٥ يناير سنة ١٩٢٤ فى قضية (Sté industrielle du gaz) مجموعة سيرى ، سنة ١٩٢٦ ، القسم الثالث ، ص ٣٣ مع تعليق هوريو ، ومنشور أيضا فى مجموعة دالوز سنة ١٩٢٦ ، القسم الثالث ، ص ٤٥ مع تعليق لفالين · حكمه فى ٢ يونيو سنة ١٩٢٦ فى قضية (Randon et Rimbert) ، المجموعة ص ٦٧٧ ، وفى ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ فى قضية (Sté toulosaine de Basacle) المجموعة ص ٣١٢ ·

(٢) حكم المحكمة الصادر فى ٢ يونية سنة ١٩١٧ ، فى قضية (Cie générale des eaux) المجموعة ص ٤٩٢ وفى ٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ فى قضية (Cie des omnibus de Lyon)

٣ — وقد يخول المشرع الادارة بنص صريح ، حق تنظيم مرفق يدار عن طريق الامتياز ، مع وضع عقوبات معينة للاخلال بالقواعد المقررة بمقتضى التنظيم الذى تقرره الادارة • وحينئذ يكون للادارة توقيع العقوبات على الملتزم اذا لم يحترم التنظيم المقرر • ومن ذلك التشريعات التى كانت تحكم السكك الحديدية فى فرنسا قبل تأميمها[١] •

وأهداف التنظيم هنا ، غير تلك المتعلقة بأغراض البوليس ، وهى الصحة أو السكينة أو الأمن ، والتى تملك الادارة أن تصدر من اللوائح ما يلزم لتحقيقها دون حاجة الى نص خاص على الرأى الراجح • فالادارة مثلا تستطيع أن تحدد سرعة السيارات التى يستعملها الملتزم ، وعدد الركاب فى كل عربة أو تحرم الوقوف على سلم العربات ، أو وقوفها فى غير المواقف المحددة لها ••• الخ عن طريق سلطة البوليس • ولكنها لا تستطيع أن تتدخل فى التنظيم الداخلى للمرفق الا بمقتضى نص خاص يخولها تلك السلطة صراحة[٢] •

٤ — وقد ينص فى القوانين على اعتبار خطأ معين من أخطاء المتعاقد جريمة يعاقب عليها جنائيا • ومن أشهر الأمثلة على ذلك المادة ١١٦ مكررا (ج) من قانون العقوبات والتى تنص على أن « كل من أخل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التى يفرضها عليه عقد مقاولة أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال عامة ارتبط به مع احدى الجهات المبينة فى المادة ١١٩[٣] ، أو مع احدى شركات المساهمة ،

(١) قانون سنة ١٨٤٢ وسنة ١٨٤٥ فى فرنسا ، وحكم المجلس الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ فى قضية «grandes compagnies» وقد سبقت الاشارة اليه •

(٢) وكل ذلك فى مجال انشاء عقوبات جنائية • ولكن لا يمس سلطات الادارة العامة فى تنظيم المرفق المدار عن طريق الامتياز على النحو الذى شرحناه فى موضعه من هذا المؤلف •

(٣) تنص المادة ١١٩ المشار اليها على ما يلى : « يقصد بالأموال العامة فى تطبيق أحكام هذا الباب ما يكون كله أو بعضه مملوكا لاحدى الجهات الآتية أو خاضعا لاشرافها أو لادارتها :

وترتب على ذلك ضرر جسيم أو اذا ارتكب أى غش فى تنفيذ هـذا العقد ، يعاقب بالسجن ، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة اذا ارتكبت الجريمة فى زمن حرب ، وترتب عليهـا اضرار بمركز البلاد الاقتصادى أو بمصلحة قومية لها ·

وكل من استعمـل أو ورد بضاعة أو مـواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذا لأى عقد من العقود سالفة الذكر ، ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس والغرامة التى لا تجاوز ألف جنيه أو احدى هاتين العقوبتين ، وذلك مالم يثبت أنه لم يكن فى مقـدوره العلم بالغش أو الفساد ، ويحـكم على الجانى بغـرامة تساوى قيمة الضرر المترتب على الجريمة ، ويعاقب بالعقـوبات سالفة الذكر على حسب الأحوال ، المتعاقدون من الباطن والوكلاء وللوسطاء اذا كان الاخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعا الى فعلهم » ·

وواضح من استعراض هذه المادة أنها تكاد تغطى جميع المخالفات الجسيمة التى يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقود الادارية بمعناها الفنى ، بل وغيرها من العقود ذات الأهمية الخاصة ، ولو فى مجال القانون الخاص ·

وقد تطلب المشرع لكى يصبح الخطأ التعاقدى جريمة جنائية وفقا للنص المشار اليه أن يتعمد المتعاقد الاخلال بالتزاماته المستمدة من العقد ، وأن يترتب على الاخلال ضرر جسيم ، أو أن يلجأ الى استعمال الغش فى تنفيذ التزاماته العقدية ، بل استغنى المشرع عن القصد الجنائى فى بعض عقود التوريد بالشروط المقررة فى المادة ·

هذا ونذكر بنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من القـانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتى تنص صراحة على أنه اذا لجأ المتعاقد الى الرشوة،

= أ ــ الدولة ووحدات الادارة المحلية · ب ــ الهيئات (والمؤسسات) العامة ووحدات القطـاع العام · جـ ــ الاتحاد الاشـتراكى والمؤسسات التـابعة له · د ــ النقابات والاتحادات · هـ ــ المؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام · و ــ الجمعيات التعاونية · ز ــ الشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية والمنشآت التى تساهم فيها احدى الجهات المنصوص عليها فى الفقرات السابقة · ح ــ أية جهة أخرى ينص على اعتبار أموالها من الأموال العامة ·

ســواء بنفسه أو بواســطة غيره ، بطريق مباشر أو غير مباشر فهنا يعاقب المتعاقد جنائيا ، كما يفسخ العقد اداريا ٠

وفى جميع الحالات التى يتعرض فيها المتعاقد للعقوبات الجنائية ، على الادارة أن تلجأ الى الطريق المقرر لتوقيع تلك العقــوبات ، فلا توقعها بنفسها الا اذا كان القــانون يسمح بذلك ، كما أن الجــزاء الجنائي مستقل عن سلطة الادارة المسمدة من العقد ٠

الباب الثالث

حقوق المتعاقد فى مواجهة الادارة

يقوم هذا الموضوع على أساسين هامين هما :

أولا : أن المتعاقد انما يستمد حقوقه والتزاماته من العقد الادارى .

ثانيا : أن المتعاقد هو انسان يسعى الى الربح .

واذا كان اتصال العقد بالمرفق العام ، قد لطف من حدة القواعد المدنية التى تحكم الالتزامات التعاقدية ، على النحو الذى رأيناه تفصيلا فيما سبق ، فان مجلس الدولة الفرنسى قد عمل ــ من ناحية أخرى ــ على أن يقرر للمتعاقد من الحقوق ما يوازن سلطات الادارة الخطيرة ، حتى لا تؤدى تلك السلطات الى تهيب الأفراد فى الإقدام على التعاقد مع الادارة فتفقد الادارة بذلك وسيلة من أنجع الوسائل فى تسيير المرافق العامة .

ومن ثم فاننا ندرس هذا الموضوع على الترتيب التالى :

أولا : حق المتعاقد فى أن تحترم الادارة التزاماتها العقدية .

ثانيا : حق المتعاقد فى الحصول على المقابل المالى المتفق عليه فى العقد .

ثالثا : التوازن المالى للعقد ومبدأ التعويض بلا خطأ .

الفصـــل الأول

حق المتعاقد في أن تحترم الادارة التزاماتها العقدية

يولد العقد الادارى فى مواجهة الادارة التزامات عقدية ، يترتب على مخالفة الادارة لها جزاء يكون من حق المتعاقد المطالبة بتوقيعه • ونعرض فيمـا يلى باختصـار ، لبيان مدى التزام الادارة بالعقـد الادارى ، وجزاء مخالفتها لالتزاماتها العقدية •

الفرع الأول

مدى التزام الادارة بالعقد

١ ـ رأينا فيما سبق أن الادارة تستطيـع بارادتها المنفردة أن تفرض على المتعاقد معها تعديل بعض شروط العقد الادارى ، وأنها تملك أن تتحكم فى التزاماته التعاقدية ـ الى حد ما ـ بالنقص أو الزيادة • فهل معنى ذلك أن العقد الادارى يلزم الأفـراد ولا يلزم الادارة[1] ؟ ذلك ما لا يمكن التسليم به والا لأهدرنا فكرة العقـد الادارى من أساسها • فالمتعاقدان فى العقـد الادارى قد لا يكونان على قدم المساواة (Le conttrat administratif n'est pas un contrat égalitaire) ولكن العقـد الادارى ملزم للادارة وللأفراد فى الحدود التى تتفـق وطبيعة الروابط الادارية •

٢ ـ واذا كان للادارة حـق التحرر من التزاماتها التعاقدية فى بعض الحالات ، كما رأينا ، وكما سنرى ، فان سلطة الادارة فى هذا الخصـوص ليست سلطة مطلقـة ، تمارسها وفقـا لمحض اختيارها وترخصها ، ولكنها سلطة محددة ، لا تمارس الا اذا توافرت شروط

---

(١) راجع الاجابة عن هذا التسـاؤل ، فى مقـال الفقيه «L'Huillier» بعنوان «Les contrats administratifs tiennent ils lieu de loi à l'administration ? » منشور فى : (D. chron. 1953 p. 87)

معينة ، وبقصد تحقيق أهداف مخصصة • ولم يسلم مجلس الدولة في فرنسا وفي مصر للادارة بتلك السلطة الخطيرة الا بقصد تمكين الادارة من تحوير العقد بما يجعله ملائما للصالح العام •
«L'adaptation du contrat aux exigences de l'intérêt général».

ولكن تلك السلطة لا تعنى بأى حال من الأحوال عدم التزام الادارة بعقودها •

٣ ـ وأول التزامات الادارة في هذا الصدد ، أن تعمل على تنفيذ العقد بمجرد ابرامه من السلطة المختصة ، مع مراعاة طبيعة العقد[١] • وبالتالى لا يحق للادارة أن تفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات ، والا تعرضت للمسئولية التعاقدية كما سنرى[٢] • وذلك مع مراعاة حق الادارة في انهاء العقود الادارية ـ بمعناها الفنى ـ اذا اقتضى الصالح العام ذلك ، وعلى التفصيل الذى سوف نقدمه في القسم الرابع والأخير من هذا المؤلف •

٤ ـ ولا يكفى أن تنفذ الادارة العقد ، وانما يتعين عليها عند تنفيذه احترام كافة الشروط الواردة به ، لا فيما يتعلق بالالتزامات الأصلية فحسب ، ولكن فيما يتعلق بكافة الالتزامات • بل لقد أشارت المحكمة الادارية العليا في هذا المقام الى المادة ١٤٨ مدنى التى توجب تنفيذ العقود طبقا لما اشتملت عليه (حكمها الصادر في ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ ، س ١٥ ص ٢٦٤) • ومن أكثر الشروط التى تعرض لها مجلس الدولة الفرنسى في هذا الصدد ، شرط عدم

---

(١) وذلك لأن من عقود الادارة ما لا تلتزم بتنفيذه بعد ابرامه الا اذا رأت أن الصالح العام يقتضى هذا التنفيذ ، كما هو الشأن في عقد طلب تقديم المعاونة (L'offre de concours) كما رأينا عند دراسة هذا العقد •

(٢) قضاء مجلس الدولة الفرنسى مستقر في هذا الصدد : راجع حكمه الصادر في ٢٥ يوليو سنة ١٩٣٩ في قضية (Hayem) المجموعة ص ٥٢٨ ، ويقضى بأن الادارة لا تستطيع أن تتخلص من التزاماتها المتولدة عن عقد التوريد الذى أبرمه ، وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٤٩ في قضية (Secr. d'Etat aux communications) المجموعة ص ٣٢٨ • ويتعلق بالتزام الادارة بتنفيذ عقد أشغال عامة • وحكمه الصادر في ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ في قضية (Commune de Saint-sur-avre) المجموعة ص ٤٩ •

المنافســة (Le privilège d'exclusivité) [(١)] ، الا اذا تغيرت الظـروف ، وتطلبت مقتضيات الصالح العام ، خروج الادارة على هذا الشرط ، كما فى حالة تغير الوسيلة الفنية فى اشباع الخدمة العامة ، كاستعمال الكهرباء فى الاضاءة بدل الغاز ، أو الأتوبيس محل الترام ٠٠ الخ على النحو الذى ذكرناه ٠ ولقد أتيح لمحكمة القضاء الادارى المصرية أن تؤكد المبدأ السابق فى حكمها الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩٥٦ حيث تقول « متى كان الثابت أن الترخيص الممنوح لاستغلال مبنى المقصف بالميناء الجوى ، انما يستهدف غرضا أساسيا ، وتنصب أحكامه وبنوده على هـذا الغرض ، وهو خـدمة ركاب الترانسيت العابرين ، فان الحكومة اذا عمدت الى انشـاء مقصف آخـر لهذا الغرض ، وعهدت باستغلاله لملتزم آخر ، فانها تكون بذلك قد حالت من جهتهـا بين الملتزم الأول وبين تنفيـذ التزاماته التى يتضمنها ترخيصـه مخالفة بذلك ما يجب عليهـا قـانونا من احترام شروط الترخيص ، وما تفرضه عليها المبادىء القانونية العامة من التعاون فى تنفيذه ، ومن عدم وضع العقبات والمنافسات فى سبيله أو زيادة أعبائه وتكاليفـه ، وذلك طالما أنه لم يقم بسبب من الأسباب التى تبرر سحب الترخيص أو الغاءه أو انهاءه ، وبذلك تلزم بتعـويض المرخص له نظير ما أصابه من أضرار من جـراء مخـالفتها لمبادىء الترخيص وشروطه ٠٠ [(٢)] » ٠

ولكن التزام الحكومة ـ بمقتضى عقـد الامتياز بعدم الترخيص بكازينوهات مماثلة ـ تسقط فى حالة عدم قيام الشركة صـاحبة الامتياز بتنفيذ التزاماتها باقامة المنشـآت المبينة بالعقد ، ويجوز للحكومة الترخيص باقامة منشآت مماثلة فى المناطق المحددة ٠

٥ ـ ويجب على الادارة أن تنفـذ التزاماتها العقدية بطريقـة سليمة (Obligation d'executer correctement) ، وهـذا لا يقتضى أن تلتزم

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية (Nuncie) المجموعة ص ٢٣١ ٠

(٢) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة العاشرة ص ٢٣٩ ٠

الاعتبارات الفنية المسلم بها وفقا لطبيعة العقد فحسب ، ولكن يجب عليها أيضا أن تحترم مقتضيات حسن النية[١] .
(L'obligation d'exécuter de bonne foi)

وهذا المبدأ أكدته المحكمة الادارية العليا ، فى حكمها الصادر فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون ، يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وهذا الأصل يطبق فى العقود الادارية ، شأنها فى ذلك شأن العقود المدنية . فاذا ثبت أن البضاعة الموردة تتفق مع المواصفات فى التركيب ، وأن الشوائب اللاحقة بها لا تؤثر على صلاحيتها للاستعمال ، فلم يكن ثمة ما يحول — تطبيقا لمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية — دون قبول هذه الكميات الموردة »[٢] .

٦ — والأصل أن تنفذ الادارة العقد كله (L'obligation pour l'administration d'executer le contrat integralement) واذا كان للادارة الحق فى أن تنقص الكمية المتعاقد عليها أو أن تزيد فيها ، فان ذلك منوط بتوافر الشروط التى ألمعنا اليها عند تصدينا لدراسة هذا الموضوع . أما فيما عداها ، فانه من اللازم أن تمكن الادارة المتعاقد من تنفيذ التزاماته بتمامها . وتطبيقا للمبدأ السابق ، لا يجوز للادارة ، بغير خطأ أو تقصير من المتعاقد ، أن تسحب جزءا من العملية لتعهد به الى متعهد آخر ، أو أن تنفذ العمل بنفسها ، فتحول بذلك بين المتعاقد وبين تنفيذ التزاماته العقدية .. الخ[٣] .

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٤٨ فى قضية (Syndicat du canal de Mokta Markiouf) المجموعة ص ١٣ وحكمه فى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٣ فى قضية (Compagns) المجموعة ص ٧٧٣ .

(٢) مجموعة أحكام المحكمة العليا ، السنة الثانية ، ص ٩٣٧ .
كما أن محكمة القضاء الادارى تقرر فى حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٢ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ٣٤) أن على الادارة عند توقيع الغرامات المالية ، أن تراعى تناسبها مع درجة الاخلال بالالتزامات « ... تحقيقا لمبدأ العدالة التى ينبغى أن تكون رائد الجهات الادارية فى تنفيذ عقودها الادارية ... » .

(٣) حكم المجلس فى ٦ مايو سنة ١٩٣١ فى قضية (Sous secr. d'Etat aux Finances C. Bayon) المجموعة ص ٤٩٠ وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ فى =

كما أنه لا يحق لها ــ دون سبب هام يتعلق بمقتضيات الصالح العام ــ أن توقف تنفيذ العقد ، فترفض مثلا تسلم باقى البضائع المتفق على توريدها ، أو توقف العمل فى المشروع المتفق على تنفيذه ولو لم تنفذه بنفسها أو تعهد به الى غير المتعاقد[1] .

٧ ــ وتلتزم الادارة باحترام المدد المقررة فى العقد أيضا . واذا كان الأصل أن المدد المقررة فى العقود الادارية يقصد بها عادة المتعاقدون مع الادارة ، وبهذا المعنى لا تكون ملزمة الا لهم ، فانه يحدث أن ينص فى العقد صراحة على أن المدة ملزمة للادارة كما هى ملزمة للمتعاقد معها ، وحينئذ يتعين على الادارة احترام المدد المحددة للتنفيذ . وهذه الحالة لا صعوبة فيها .

ولكن يحدث أن يرد شرط المدة عاما ، أو يجىء العقد خاليا من تحديد مدد للتنفيذ . وفى هذه الحالة يقرر مجلس الدولة الفرنسى أن ثمة مددا معقولة لتنفيذ العقد (une durée normale d'exécution du marché) يتعين على الادارة احترامها . وبالتالى فانها لا تستطيع أن تتسبب بتصرفها فى اطالة مدد التنفيذ الى ما يجاوز الحد المعقول دون أن تعرض نفسها للمسئولية . ويحدد مجلس الدولة الفرنسى « المدة المعقولة » للتنفيذ بمراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه ، ومدى كفاية الشركة المتعاقدة أو المقاول[2] .

= قضية (Amauroux) المجموعة ص ١١٢٥ ، وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٣ فى قضية (Sté ouvrièr des carrières) المجموعة ص ٤١٥ .

(١) حكم المجلس فى ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Barré» المجموعة ص ٨٩ ، وفى ٣ أكتوبر سنة ١٩٥١ فى قضية «Sté. Citroën» المجموعة ص ٥٠٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٧ فبراير سنة ١٩٥١ فى قضية «Ville de Paris» المجموعة ص ٧٦ حيث يقول :

«Si le marché ne fixe expressement aucune date pour l'achèvemént dés travaux, ses disposition n'ent pas eu pour effet de conferer audit marché une durée indéfinie ; dés lors c'est à bon droit que le Conseil de préfecture a estimé que les parties avaint envisagé une date limite pour l'achèvement des travaux, correspondant à leur durée normale d'exécution ; la durée normale d'exécution des travaux, déterminée eu égard aux cacpacité de cette société et à la durée d'exécution d'ouvrages analogues impliquait leur achevement avant le mois de juin 1936 ... Dans ces conditions la prolegation des travaux est entièrement imputable à l'aministration».

ولا يتعين احترام المبدأ السابق فيما يتعلق بالمدة الاجمالية لتنفيذ العقد فحسب ، بل انه يسرى أيضا على المدد المخصصة لتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة فى العقد • ومثال ذلك واجب الادارة فى احترام المدد المقررة لبدء التنفيذ ، كموعد تسليم الموقع لملتزم الأشغال العامة والمدد المحددة لتسديد الثمن بالنسبة لما ينفذ من الأعمال أو ما يورد من بضائع •• الخ •

٨ ـ وأخيرا فان الادارة ملزمة باحترام العقد ككل ، بمعنى أنها لا تستطيع دون أن تعرض نفسها للمسئولية ، أن تقوم بأى عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة ، أو يعرض المتعاقد معها لأعباء ومتاعب فى تنفيذه لالتزاماته العقدية • ومن قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، حكمه بمسئولية جهة الادارة المتعاقدة والتى لجأت الى نزع ملكية الأراضى مما ترتب عليه المساس بحقوق المتعاقد معها[1] • وبمسئولية الوزير الذى يرفض منح ترخيص بالبيع ، استنادا الى سلطات خاصة يستمدها من القوانين ، اذا ترتب على ذلك ضرر للمتعاقد ، وكان العقد يجيز لهذا الأخير أن يلجأ الى هذا البيع[2] ، وبمسئولية الدولة اذا أنشأت حديقة عامة ، وترتب على هذا الانشاء الحد من حق الصيد الممنوح لشركة من الشركات ••• الخ[3] •

وهذا المسلك متفرع على التزام الادارة باحترام مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود الادارية ، لأنه لا يتفق وحسن النية أن تزيد الادارة بعملها فى أعباء المتعاقد معها بدلا من أن تعاونه على التنفيذ •

= ولقد أشار حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٥٨ (السنتان ١٢ ، ١٣ ، ص ١١٢) الى مبدأ المدة المعقولة فى تنفيذ الالتزام اذا لم ينص العقد على مدة معينة للتنفيذ •

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٤ مارس سنة ١٩٤١ فى قضية (Roda) المجموعة ص ٤٤ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٢٨ فى قضية (Bouxoi) المجموعة ص ١٣٦ •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٢ فى قضية (Cie générale des ilce Kerguelen) المجموعة ص ٨٣٩ •

الفرع الثانى

جزاء مخالفة الادارة لالتزاماتها العقدية

١ ـ رأينا فيما سبق جزاء مخالفة المتعاقد لالتزاماته وأحطنا بمدى ما تتمتع به الادارة فى هذا الصدد من سلطات تنبو عن منطق القانون الخاص • والقاعدة هنا أيضا أن مخالفة الادارة للالتزامات المقررة فى العقد الادارى يستتبع توقيع جزاء ولكنه يختلف عن الجزاء الذى يمكن توقيعه على المتعاقد مع الادارة والذى عرضنا له فيما سبق •

فالجزاءات التى يمكن أن توقع على الادارة اذا قصرت فى تنفيذ التزاماتها العقدية ، ليست بكثرة ولا تنوع الجزاءات التى توقع على الأفراد ، وهى لا تشمل على وجه الخصوص ، اجراءات الضغط ولا الجزاءات الجنائية • ومن ناحية أخرى ، فان المتعاقد لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه على الادارة ، فليس أمامه الا أن يسلك سبيل التقاضى • بل ان المتعاقد فى هذا المجال لا يستطيع أن يستفيد من الدفع بعدم التنفيذ (L'exception non adimpleti contractus» المقرر فى القانون الخاص ، وبالتالى لا يستطيع المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن الادارة قد قصرت من جانبها فى تنفيذ ما يفرضه عليها من التزامات ، الا اذا ترتب على تقصير الادارة استحالة التنفيذ بطبيعة الحال • وهنا أيضا نجد طابع المرفق العام فيما يتعلق بأحكام العقود الادارية ، ذلك أن قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من الأسباب ، ما دام فى وسعه اداء تلك الخدمة • ومن هنا قلنا انه من الواجب ألا ينظر الى المتعاقد باعتباره متعاقدا فحسب ، بل يتعين أن يوضع فى الاعتبار صفته كمعاون فى تسيير المرفق العام •

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسى تلك القاعدة فى أحكام كثيرة ، لا سيما فيما يتعلق بعقد الامتياز ، والذى تتجلى فيه تلك الحكمة فى

أبرز صــورها[١] • ولكن المجلس لم يقف بتلك القاعدة عند عقــد الامتياز ، بل سحبها الى العقود الادارية الأخرى كعقد الأشغال العامة . فاذا رفع المقاول دعوى فسخ العقد ، فانه لا يستطيع أن يوقف العمل انتظارا للفصل فى الدعوى[٢] ، كما أنه لا يستطيع أن يستند الى تأخر ادارة فى دفع المقابل لوقف العمل[٣] • كذلك الشأن بالنسبة الى متعهــدى التوريد ، فليس لهم أن يوقفــوا التــوريد استنادا الى خطأ الإدارة[٤] •

ولما كانت القاعدة السابقة مؤسسة على فكرة سير المرفق العــام بانتظام واطراد ، فان بعض الفقهاء يرون عدم اعمالها اذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد ســير المرفق العام[٥] • وبهــذا المعنى قررت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧١ ، أنه يجوز للمتعاقد أن يشترط فى العقد التمسك بقاعدة عدم التنفيذ

---

(١) حكمه الصادر فى ٧ يونية سنة ١٩٢٩ فى قضية (Cie française des câbles télégr). المجموعة ص ٦٥٤ حيث يقول المجلس :

«Le Concessionnaire d'une service public doit sauf impossibilité, en assurer le fonctionnement et n'est pas en droit d'en suspendre l'exécution à raison des difficultés qui peuvent s'élever entre lui et le pouvoir concédant».

وراجع حكمه الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ فى قضية (Sté la fusion des gaz) المجموعة ص ٣١١ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٣٢ فى قضية (Samson) المجموعة ص ٤٨٠ •

(٣) حكمه الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٩٥٢ فى قضية (Cne de Sainae-Barbe) المجموعة ص ٢٨٢ وقد جاء فيه :

«Si l'entrepreneur etait fondé à prétendre au versement d'accomptes, lésdités dispositions ne l'autorisaient nullment à interrompre les travaux en cas de retard dans le paiement».

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Bellard) المجموعة ص ٩٦٧ حيث تقول :

«A supposer que la reclamation ait été fondée, le Sieur B. qui pouvait contester la decistion ministerielle devant le juge du contrat n'etait pas en droit de mettré fin aux livraisons qu'il s'etait engagé à effectuer».

(٥) راجع تعليق الفقيه (de Soto) منشــور فى مجموعة دالوز ســنة ١٩٤٢ ، القسم الثالث ص ١١١ ، وراجع رسالة (M. Gervais) عن عقد تقديم المعــاونة ، المرجع السابق •

فى مواجهة خطأ معين يقع من الادارة حيث تقــول : « انه وان كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد ... ضمانا لحسن سير المرافــق العامة بانتظــام واطراد ، الا أنه يجــوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هــذا الأصل ، وفى هــذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الادارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، وبالتالى لا يحق للادارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت فى تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها » .

٢ ـ ولكن ما هى سلطات القاضى فى مواجهة الادارة المقصرة ؟

يحكم هذا الموضوع الأسس التالية :

(أ) ليس للقاضى أن يأمر الادارة بعمل معين ، وبالتالى ليس له أن يأمرها بالوفــاء بالتزاماتها . وما ذلك الا تفريعا على القــاعدة التى تحكم علاقة القضاء الادارى بالادارة العاملة فى النظام الفرنسى الذى تأخذ به مصر . ولما كان القاضى لا يســتطيع أن يأمر الادارة بعمل شىء محدد بطريق مباشر ، فانه لا يستطيع أن يحتال للوصول الى ذلك بطريق غير مباشر ، عن طريق نظام التهديدات المالية المعروف فى القانون الخاص «système des astreintes»[1] .

ولكن الممنوع على القضاء هو نظــام التهــديدات المالية بمعناه المعروف ، والذى يستهدف اجبار الملتزم المقصر على الوفاء بالتزامه . ومن ثم فان مجلس الدولة الفرنسى قد سمح لنفسه فى هذا المجال ، بأن يلجأ الى تخيير الادارة بين الوفاء بالتزاماتها وبين دفع التعويض المحكوم به ، فيردف حكمه الصادر بالتعويض ، بالصيغة التقليــدية والتى تجرى على النحو التالى[2] :

«Si mieux n'aime l'adminiistration exécuter son obligation»

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٤ فى قضية (Cne de Merzine) المجموعة ص ٢٢٦ ، وحكمه الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٢ فى قضية (Le loir) مجموعة سيرى سنة ٩٢٣، ، القسم الثالث ، ص ١٣٢ مع تقرير المفوض (Detton)

(٢) حكمه الصادر فى ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية (Maggi) المجموعة ص ٧٤ وفى ٩ يناير سنة ١٩٤٨ فى قضية (Syndicat du canal de Meklouf) المجموعة ص ١٣ .

وأحيانا يحدد المجلس مهلة للادارة لكى تختار بين الطريقين[1] ٠

(ب) يملك القاضى الغاء القرارات غير المشروعة والصادرة من الادارة بمناسبة تنفيذ العقد ، اللهم الا فيما يتعلق ببعض الجزاءات لتى قد تصدرها الادارة على خلاف القانون ضد ملتزم الأشغال العامة وفقا لمسلك مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد وقد سبق أن أبدينا رأينا فى هذا الخصوص ٠

(ج) يستطيع القاضى أن يحكم على الادارة بالتعويض المناسب ، وهذاهو المسلك الأصيل للقضاء الادارى فى هذا المجال ٠ ويقدر هذا التعويض عادة على الأسس المدنية لأنهـا تمثل القواعد العـامة فى هذا الصدد ، فيقدر التعويض وفقا لدرجة الضرر ، لا الخطأ ؛ ومع مراعاة دور كل من الطرفين فى ارتكاب الخطأ ، بحيث اذا كان الخطأ مشتركا ، تحمل كل من الطرفين نصيبه فيه ٠ وبهذا المعنى تقـول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (س ١٢ ، ص ٥٠٣) « ومن حيث أن الضرر الذى أصاب الشركـة (المتعاقدة) جاء نتيجة خطأ كل من الادارة والمؤسسة معا (الشركة) ٠٠٠ واذا كان الخطأ مشتركا ، وكان للقاضى أن يقدر نصيب كل من المسئولين عنه فى التعـويض وفقا لحكم المـادتين ١٦٩ و ٢١٦ من القانون المدنى ، فان المحكمة تقدر التعويض المستحق للمؤسسة فى ذمة الادارة بمبلغ ٠٠٠ » ٠

(د) وأخيرا ، يملك القضاء الادارى أن يحكم بفسخ العقد لخطأ الادارة بناء على طلب المتعاقد ٠

«La résilation du contrat aux torts de l'administration»

وهذا هو أخطر الجـزاءات التى تتعرض لها الادارة ٠ ومن ثم فاننا نعرض له بشئ من التفصيل ٠

---

(١) على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ فى قضية (Foyché) المجموعة ص ٨٩ ٠

٣ ـ فسخ العقــد لخطأ الادارة : هــذا الفسخ ـ الذى يتعين أن ينطق به القاضى فى جميع الحالات ـ يقابل حــق الادارة فى فســخ العقد لخطأ المتعاقد • وهو يخضع للأحكام التالية :

أولا : الأسباب المبررة للفسخ : لما كان الفسخ هو أخطر الجزاءات التى تتعرض لها الادارة ، فان القضـــاء الادارى لا يحكم به الا لخطأ جسيم ترتكبه الادارة ، لأن الجزاء الأصيل فى مجال مسئولية الادارة التعاقدية ، هو التعويض •

ومن الأخطاء المبررة للفسخ من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، عدول الادارة دون سبب معقــول عن المشروع موضوع التعاقد(١) ، وتأخر الادارة تأخرا كبيرا فى البدء فى تنفيذ العقد(٢) ووقف الادارة للاعمال موضوع العقد مددا طويلة دون مبرر معقــول(٣) • ومنها أيضا أن تلجأ الادارة الى توقيع عقــوبات بالغة الجسامة على المتعاقد دون خطأ جدى يبرر تلك العقوبات ، كما لو اتخذت ضده وسيلة من وسائل الاكراه التى عرضناها(٤) أو فسخت العقد على مسئوليته ، فان له أن ينازع فى ذلك ، وأن يحصل على الحكم بفسخ العقد على مسئولية الادارة حتى يتوقى نتائج هــذا الجزاء ، وهى قاسية كما رأينا(٥) •

ولكن مجــلس الدولة الفرنسى يرفض الفسخ عادة اذا تأخــرت

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٥١ فى قضية (Ville de Poissy) المجموعة ص ٧٧٤ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٣ فى قضية (Glaemger) المجموعة ص ٤٠٥ • ولكن يجب أن يكون التأخير خطيرا بدرجة تجاوز القدر المعقول الذى يتفق والنية المشتركة للتمعاقدين ، بدليل أن مجلس الدولة الفرنسى رفض الفسخ مع أن الادارة أخرت التنفيذ قرابة خمس سنوات فى بعض الحالات • راجع حكمه الصادر فى ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ فى قضية (Lesieux) المجموعة ص ١٤٠ • وان كان قد حكم بالتعويض بطبيعة الحال •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٧ فى قضية (Bongert) المجموعة ص ٣٥١ •

(٤) حكم المجلس الصادر فى ١٩ يوليو سنة ١٩٠٧ فى قضية (Boyer) المجموعة ص ٧٠٥ •

(٥) حكم المجلس الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٩ فى قضية (Sté Georges Meser) مجلة القانون العام سنة ١٩٥٢ ، ص ٧٠٩ •

الادارة فى دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد معها عما يكون قد نفـذه من العقد ، ويكتفى هنا بالتعويض وبالحكم بفوائد المبالغ التى تؤخر الادارة دفعها[1] .

ثانيا : يتعين على المتعاقد فى فرنسا أن يلجأ الى الادارة أولا قبل أن يرفع دعواه بفسخ العقد ، اما على أساس نص فى العقد الادارى — وهو ما يحدث غالبا — واما على أساس قاعدة القرار الادارى السابق (La règle de la decision préalable) التى تعتبر من أسس التقاضى التى يقوم عليها قضاء التعويض فى فرنسا[2] .

وفى مصر ، لم يأخذ قانون مجلس الدولة المصرى فى أية صياغة من صياغاته بفكرة القرار الادارى السابق ، والتى تستوجب أن يتوجه المتعاقد الى الادارة أولا قبل أن يرفع دعاوى التعويض . ومن ثم يمكن القول بأن المتعاقد غير ملزم بأن يتوجه الى الادارة أولا على الأساس السابق . ولكن المتعاقد ملزم على أية حال بأن يعذر الادارة (La mise en demeure) قبل أن يلجأ الى التقاضى ، وهـذا الاعذار سوف يؤدى دور القرار الادارى السابق فى هذا المجال .

ثالثا : ويترتب على الحكم بالفسخ ،نتيجتان رئيسيتان هما :

(أ) نهاية العقد : ويرتد أثر الحكم فى هذا الخصوص الى تاريخ رفع الدعوى[3] ، رغم التزام المتعـاقد طالب الفسخ بالاستمرار فى التنفيذ كما رأينا .

(ب) استحقاق المتعـاقد للتعويض : والتعويض هنـا تعويض كامل ، يغطى كافة ما يلحق المتعاقد من خسارة ، وما يفوته من كسب

---

(١) حكمه الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٩ فى قضية (Leonard) المجموعة ص ٩٧٠ ، وفى ٥ أغسطس سنة ١٩٢٠ فى قضية (Sanvoisin) المجموعة ص ٨١٩ .

(٢) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « القضاء الادارى » فى أى من طبعاته المتعددة حيث بحثنا هذه القاعدة بالتفصيل ، وتقصينا أصلها .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٢٣ فى قضـية (Glaenger) المجموعة ص ٤٠٥ .

بسبب فسخ العقد ، مع مراعاة ما يـكون المتعاقد قد نفذه فى المدة ما بين رفع الدعوى وما بين صدور الحكم بالفسخ ٠

ويقدر التعويض فى التاريخ الذى ينطق فيه القاضى بالحكم[1]٠

وقد يضاف الى التعويض فوائد التأخير ، اذا كان المبلغ المحكوم به معين المقـدار وفقا للقـواعد المدنية المقررة ، سواء فى مواجهة الادارة أو الأفراد ٠ وقد اطرد قضاء المحكمة الادارية العليا على هذا المعنى ومن أحكامها فى هذا الصدد :

ـ حكمها الصادر فى ١١ ديسمبر سـنة ١٩٦٥ (س ١١ ، ص ١٢٨) وفيه تقـرر : « ان فوائد فرق الثمن الذى فات على الادارة بسبب تقصير المطعون ضده ، والذى حق لها الرجوع به عليه ، وهو مبلغ نقدى ، كما أن هـذا الوصف يصدق على المصاريف الادارية ، كما يصدق على غرامة التأخير ٠٠٠ ومتى كان شقا هـذا التعويض معلومى المقـدار وقت الطلب ، وتأخـر المدين فى الوفاء بهما فانه يرتكب بذلك خطأ يختلف عن خطئه الأصلى فى التقصير ، وينبنى على ذلك أن المقصر تجرى فى شأنه الفوائد القانونية عن المبلغ المذكور كله من تاريخ المطالبة القضائية بواقع ٤٪ سنويا وفقا لنص المـادة ٢٢٦ مدنى » ٠

ـ حكمهـا الصـادر فى ٢٩ يونية سـنة ١٩٦٨ (س ١٣ ،ص ١١١٣) وفيه تقرر ذات المبدأ ، بألفاظه ، بالنسبة لفرق السعر الذى تتكبده جهـة الادارة فى تشغيل الأصناف المرفوضة لعدم مطابقتها لمواصفات العقد ، وقيمة الدفعة المستحقة قانونا على أوامر التوريد ، وكذا المصاريف الادارية باعتبارها مكملة لفرق السعر وملحقة به ، وغرامة التأخير ما دامت جميـع هـذه المبالغ معلومة المقـدار وقت الطلب ٠

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٧ فى قضية (Bongert) المجموعة ص ٣٥١ وفى ١٥ يوليو سنة ١٩٥٥ فى قضية (Cie de Vie fezenesc) منشور فى مجموعة (Actual jur, 11, p. 407)

وهذه القواعد ـ كما ذكرنا ـ تطبق على الادارة كما تطبق على الأفراد ، ولهذا فقد أثير تساؤل حول الوسيلة التى يتعين على الادارة أن تلجأ اليها لتوقى الحكم بالفوائد • وأجابت المحكمة الادارية العليا على هذا التساؤل فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١١٦٥) فى قضية تتلخص ظروفها فيما يلى : حدث خلاف بين الادارة وبين المقاول حول المبلغ المستحق له نتيجة عملية تقوية أحد الجسور • وعرضت الادارة أن تدفع المقابل للمقاول على أساس مكعبات معينة « بشرط أن يقر المتعاقد بابراء ذمة الادارة » فرفض القبول تحت هذا الشرط ، وطالب بمستحقاته أمام القضاء • أخذت محكمة القضاء الادارى بالأساس الذى عرضته الادارة ، ولكنها قضت له بالفائدة القانونية عن المبلغ الذى رفض تسلمه ، على أساس أن اجراءات العرض الحقيقى لا تتفق والنظام الادارى ، لأن اجراءات الدفع الحكومى تستلزم توقيع المدين على نماذج معينة • ولكن المحكمة الادارية العليا لم تأخذ بهذا الدفاع ، ورأت أن الادعاء لو صح يشترط فيه أن تعرض الادارة المبلغ بالطريق الادارى ، دون أن تقيده بأى شرط ، كالتنازل عن مطالبة الدولة بأى شىء ، وأكدت فى حكمها المشار اليه المبادىء التالية :

(أ) « ان مناط استحقاق فوائد التأخير أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، وأن يتأخر المدين فى الوفاء به فى الميعاد المحددة بقطع النظر عن وقوع ضرر للدائن من جراء هذا التأخير » •

(ب) « لما كان العرض الحقيقى انما شرع لمواجهة تعنت الدائن ، ورفضه قبول الوفاء المعروض عليه بغير سبب مشروع ، وكان من العدل أن يحمل الدائن على قبول هذا الوفاء حتى تبرأ ذمة المدين من الدين ومن تبعاته بما فى ذلك سريان الفوائد ، فان ذلك يقتضى بالضرورة أن يكون العرض خاليا من أى قيد أو شرط لا يستلزمه الدين المعروض • فاذا كان العرض معلقا على شرط لا يستلزمه

الدين المعروض أو كان شرطا تعسفيا ، فان من حق الدائن أن يمتنع عن قبـول الوفاء ، ولا يعود للمدين أى حـق فى حمله على قبـوله باجراءات العرض الحقيقى والايداع ، اذ يترتب على هـذا الشرط اعتبار العرض غير قائم » ٠

(جـ) « ان أحكام العرض الحقيقى ــ وهى من قواعد القـانون المدنى ــ انما تقوم على فكرة الوفاء جبرا على الدائن فى حالة امتناعه عن قبـول الوفاء بغير موجب ٠٠٠ ولا شك فى أهمية الأخذ بهـذه الفكرة فى علاقة الادارة بدائنيها اذا ما أرادت تبرئة ذمتها مما هى مقـررة به ٠ بيد أن اتباع اجـراءات العـرض الحقيـقى والايداع المنصـوص عليها فى قانون المرافعات فى مجال الروابط الادارية ، رهين بعدم تعارض هذا الأسلوب مع طبيعة هذه الروابط أو القواعد والنظم المالية المتعلقة بالصرف ، ذلك أن اجراءات الصرف الحكومية تقضى بدعوة الدائن للتوقيع على مسـتندات الصرف بمقـر الادارة ليقتضى ما هو مقرر به ٠ فان رفض قبول هذه الدعوة أو امتنع عن التوقيع على المستندات ، فـان المبالغ المسـتحقة تعلى بالأمانات على ذمتـه ، وتلك اجراءات قريبـة الشـبه باجـراءات نظـام العرض والايداع ، ويمكن أن تحقق ما يستهدفه نظام العرض والايداع من وفـاء الدين جبرا عن الدائن ، ولا يبقى الا جـواز استصدار حكم بصحة العرض والايداع ، وهو اجـراء قد لا يكون ثمة وجه لتطلبه بالنسبة الى الجهة الادارية بحسبان اجراءاتها محمولة على الصحة بما تكفله من الضمانات الى أن يقوم الدليل على العكس » ٠

(د) « اذا كان الثابت أن الجهة الادارية ــ فى الوقت الذى عرضت فيه الدين على الدائن ــ قد تطلبت أن يوقع اقرارا يقبوله ما تعرضه عليه ويتنازل عن المطالبة بأى حق له قبلها ، فان هذا الشرط يكون تعسـفيا لا يستلزمه الدين المعـروض ، وليس له مسوغ معقول ٠ وينبنى على ذلك أن تعليـة المبالغ بالأمانات اللاحق لهـذا العرض ــ بغرض التسليم بقيامه مقام الايداع بخزانة المحكمة ــ فلا يبرىء ذمة الجهة الادارية من الدين »

الفصل الثانى

الحصول على المقابل المالى

١ ـ هـذا الحق من حقوق المتعـاقد هو أهم حقوقه على الاطلاق وذلك نظرا لما سبق ذكره من أن المتعـاقد يستهدف الـربح أصلا ٠ حقيقة ان من العقـود الادارية ما ينقلب فيه الوضع ، بحيث يلتزم الأفراد بتقديم مقابل نقدى للادارة كما هو الشـأن فى عقود طلب تقـديم المعـاونة ، وشراء شىء أو استئجاره من الادارة ، ولكن فى معظم العقود الأخرى يستهدف المتعاقد الحصول على مقابل نقدى من الادارة ٠

٢ ـ ويتخذ هـذا المقـابل النقدى صورا متعددة : فقـد يكون مرتبـا شهريا فى حالة عقود التوظف ، وقـد يكون ثمنا للبضـائع المـوردة ، أو الخـدمة المطـلوبة ، أو الأشـغال المتعـاقد على تنفيذها ٠٠٠ الخ ٠

ولكن الفقه يميز بين نوعين من المقابل النقـدى ، وذلك وفقا لنوع الخدمة التى يلتزم المتعاقد بتقديمها :

فاذا كان المتعاقد يؤدى الخدمة للادارة مباشرة ، فان الادارة هى التى تلتزم بأداء المقابل النقدى للمتعاقد ٠ ويتخذ المقابل فى هذه الحـالة صورا مختلفة وفقا لطبيعة العقد : فهو ثمن (prix) فى حالة عقود التوريد والأشغال والنقل وما جرى مجراها ٠ وهو مرتب فى حـالة عقود التوظف وما شابهـا ٠ وهو فـائدة فى حـالة عقـد القرض ٠٠٠ الخ ٠

أما اذا كان المتعـاقد يؤدى الخـدمة للجمهور مباشرة ـ كما هو

الشأن فى عقد الامتياز ـ فانه يحصل على المقابل النقدى فى صورة رسوم يتقاضاها من المنتفعين[١] ٠

وقد يصحب المقابل المالى المقرر للمتعاقد بصفة أصلية (كالثمن أو الرسوم مثلا) مزايا مالية أخرى ، كضمان حد أدنى من الربح ، أو التزام الادارة باقراض المتعاقد مبالغ فى حدود معينة ، أو ضمانه لدى البنوك فى الحصول على بعض القروض ٠٠٠ الخ ٠ وتندرج هذه المزايا تحت عنوان المقابل المالى للمتعاقد ، وتلتزم الادارة بالوفاء بها أيضا ٠

واذا كان الفقهاء قد ميزوا بين الثمن ـ وما يجرى مجراه ـ وبين الرسم فى حالة عقد الامتياز ، فان مرجع ذلك الى اختلاف الطبيعة القانونية لكل منها كما سنرى ٠

٣ ـ والمسلم به أن الشروط التى تتعلق بتحديد المقابل النقدى فى العقد هى ـ بصفة عامة ـ شروط تعاقدية (de nature contractuelle) ومن ثم لا تستطيع الادارة أن تمسها بالتعديل دون موافقة الطرف الآخر ٠ ولكن يرد على هذا المبدأ استثناءان هامان :

الأول : يتعلق بعقود الامتياز : ولقد سبق أن ذكرنا أن الشروط المتعلقة بتحديد الرسم فى عقود الامتياز هى من قبيل الشروط اللائحية لا التعاقدية ، ولهذا سميت « رسما » لا أجرا ، وبالتالى تستطيع الادارة أن تعدلها بارادتها المنفردة ، ودون حاجة لرضاء المتعاقد ٠

---

(١) وقد يحدث أن يؤدى المتعاقد الخدمة للجمهور ، ومع ذلك فانه يحصل على المقابل النقدى من الادارة ، كما هو الشأن فى ادارة المرفق العام عن طريق الاستغلال غير المباشر (أو مشاطرة الاستغلال (La régie interessée) ٠

راجع فى التفاصيل مؤلفنا « مبادىء القانون الادارى » فى أى من طبعاته المتعددة حيث ناقشنا طبيعة المقابل الذى يتقاضاه الملتزم من المنتفعين ، وهل هو رسم أو أجر ٠

والثانى : خاص بالعقود التى تؤدى وظيفة الأعمال الشرطية ، وفقا للفكرة التى أشرما اليها فى مطلع هذا القسم • فهذه العقود لا يتولد عنها مراكز شخصية أو ذاتيه فحسب ، وانما تسند الى المتعاقد مراكز نظامية أيضا • ومن أوضح الأمثلة لها – فيما يعنينا – عقود التوظيف ، فهذه العقود ، كما ذكرنا ، أصبحت بمثابة أداة للتعيين • أما مركز الموظف التعاقدى فقد غدا لائحيا الى حد كبير • فاذا كان المركز اللائحى للموظف – كما هو مشاهد غالبا – قد نظم مرتب الموظف التعاقدى ، فان هذا المرتب يصبح تابعا للمركز النظامى ، وبالتالى يمكن أن تعدله الادارة بالنقص أو بالزيادة فيسرى التعديل الجديد على الموظفين القدامى • ولقد سبق أن أوردنا قضاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد •

٤ – ولكن ما مدى جمود الشروط التعاقدية المتعلقة بالمقابل النقدى ؟! • لا تستطيع الادارة أن تعدل تلك الشروط بارادتها المنفردة كما ذكرنا • وأساس حصانة تلك الشروط أو جمودها (L'intangibilité) اعتباران : الأول عملى ، ومرجعه إلى نفور الأفراد من التعاقد مع الادارة فيما لو أمكنها أن تعدل هذه المزايا التى يعتمد عليها المتعاقد رغم ارادته • والثانى قانونى ومرده الى أساس حق الادارة فى التعديل • فسلطة التعديل – كما رأينا – تستند الى مقتضيات سير المرافق العامة • وبالتالى ، فانها لا تنصب الا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق ، وليس من بينها تلك التى تحدد المقابل النقدى فى العقد • ولهذا فان استقرار تلك الشروط عام ، وواسع المدى : فهو لا يقتصر على الثمن أو الأجر أو الفائدة ، ولكنه يشمل كل شرط يضمن فائدة اقتصادية للمتعاقد ، كالضمانات والقروض ، ومدة العقد ، وطريقة الدفع ، والتسهيلات فى التنفيذ ، وضمان عدم المنافسة ••• الخ • ومن أحكام المحكمة الادارية العليا فى هذا الصدد ، حكمها الصادر فى ٢٧ أبريل لسنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٣٢) فقد تعاقدت محافظة القاهرة مع أحد الأفراد على توريد نخيل ، ونص فى العقد على أن يدفع للمورد ثمن نصف

النخيل عقب زراعته مباشرة • قام المتعاقد بتوريد النخيل — طبقا للمواصفات — وبزراعته ، وطالب المحافظة بأن تدفع له نصف الثمن المتفق عليه ، ولكن المحافظة رفضت ، بحجة أن نسبة النجاح فى النخيل ضئيلة ، وأن على المورد أن يقوم « بترقيع » النخيل الذى لم ينجح • ولكن كلا من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا رفضت مسلك الادارة على أساس أن نصوص العقد صريحة فى وجوب دفع نصف الثمن مقابل التوريد والزراعة • أما عدم نجاح النخيل ، وضرورة ترقيعه ، فتواجهه نصوص أخرى •

ولكن حصانة تلك الشروط انما تتقرر فى مواجهة الادرة • أما بالنسبة الى المشرع ، فقد لوحظ أنه كثيرا ما يتدخل فى مجال عقود الادارة فى فرنسا • ومن صور تدخله :

(أ) أن يصدر قانونا خاصا بعقد معين أو بطائفة معينة من العقود ، متضمنا تعديل أحكامها •

(ب) وقد يصدر قانون عام ، لا يتعلق بالعقود مباشرة ، ولكنه يعدل العقود بطريق غير مباشر •

(جـ) وقد يخول المشرع الادارة سلطات خاصة فيما يتعلق بتنفيذ التزاماتها التعاقدية،فيمكنها من تعديل تلك التشروط التعاقدية[1]•

ولقد أثار الفقيه جيز مبدأ عدم دستورية هذه القوانين ، لاسيما تلك التى تصدر بخصوص عقد أو طائفة معينة من العقود ، ذلك أنه يرى أن المشرع ملتزم بألا يمس العقود[2] • ولكن هذا الرأى لم يجد له صدى فى القضاء الفرنسى ، نظرا لما يسلم به هذا القضاء من انكار حقه فى رقابة دستورية القوانين • ومن ثم فقد انحصر حق المتعاقد فى التعويض •

---

(١)راجع أمثلة لهذه القوانين ، فى مطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٢٨ وما بعدها •

(٢) راجع مقاله فى مجلة القانون العام ، سنة ١٩٤٠ ص ٥٩ حيث يقول :
«Le législateur a l'obligation de ne pas porter atteinte au titre spécial contractuel».

ولم يثر هذا الموضوع أمام القضـاء الادارى المصرى وان كان المشرع كثيرا ما يتدخـل فى مجـال العقـود لا سيما أثناء الحـروب والأزمات الاقتصادية ، وذلك بتأجيـل الدفع ، أو بتعطيـل شرط الذهب ٠٠٠ الخ وسوف نعود الى هذا الموضوع مرة أخرى عند تصدينا لدراسة نظرية عمل الأمير ٠

٥ ــ ومهما كانت الصور التى يتقمصها المقابل النقدى فى العقود الادارية ، فان أشهرها وأهمها فى العمل صـورتان : هما الثمن ، والرسم ٠ ومن ثم فاننا ندرسهما بشىء من التفصيل ٠

المبحث الأول

الثمن

يتخذ المقابل النقدى فى معظم العقود الادارية المعروفة صــورة الثمن ، كما هو الشأن فى عقود الأشغال العامة والتوريد والنقل • وفيما يلى نعرض أولا لكيفية تحديد الثمن ، ثم لطريقة تسديده •

الفرع الأول

تحديد الثمن

١ ـ الأصل أن يحدد الثمن فى العقد الادارى باتفاق بين الادارة والمتعاقد معها • ولهذا قلنا ان الشرط الخاص بتحديد الثمن يعتبر شرطا تعاقديا، بل هوالشرط التعاقدىالأصيل (La clause contractuelle essentielle) وقد يحدد الثمن بمقتضى شرط يدرج فى صلب العقد ، أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق بالعقد •

٢ ـ والأصل أن يحدد الثمن برقم محـــدد (Le prix chiffré) لكن قـــد يحدد الثمن بطريقة أخرى كالاحالة الى عناصر خارجة عن العقد ، ومثال ذلك الاتفاق على اتخاذ الأسعار السائدة فى وقت محدد أساسا للمحاسبة[١] (Le prix en vigueur à date déterminée) وقد يتخذ متوســـط السعر فى المناقصات خلال العام السابق على التعاقد كأساس للمحاسبة فى عقود معينة[٢] •• الخ •

وتختلف طريقة تحديد الســعر وفقا لطبيعة العقد : ففى عقد الأشغال العامة مثلا ، قد يحدد المتعاقدان سعرا اجماليا للعملية كلها (Le marché à forfait) وقد يحددان ســعرا لكل نوع من الأعمال التى

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٥ فى قضية «Sté La lampe rationnelle» المجموعة ص ٢١٥ •

(٢) «Prix moyens resultant des adjudication annuelles passés pour les marchés dans un certain nombre de places désignées».

حكم المجلس الصادر فى ٢ يونية سنة ١٩٣٧ فى قضية «Chouvel» المجمــوعة ص ٥٤٦ •

يقوم عليها المشروع (Les marchés sur séries de prix) وقد يحدد السعر بحسب وحدة معينة من وحدات القياس كالمتر المربع (Les marché sur devis ou à l'unité de mesure)

وفى عقود التوريد ، قد يحدد السعر للكمية الطلوب توريدها (M. à forfait) وقد يحدد وفقا لنوع السلع المطلوب توريدها بحيث يحدد سعر كل سلعة على حدة (M. avec série de prix) •

٣ ـ ولكن مامدى حرية المتعاقدين فى تحديد السعر ؟! الأصل أن الادارة والمتعاقد معها يتمتعان بحرية تحديد السعر ، وفقا للقواعد التشريعية المقررة • والملاحظ فى هذا الصدد أن ثمة نوعين من القيود العامة ترد فى هذا الخصوص :

(أ) **الطائفة الأولى من القيود :** وردت فى لائحة المناقصات والمزايدات ومنها المواد :

المادة ٢٩ : والتى توجب عند البت فى العطاء أن تسترشد اللجنة بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محليا أو خارجيا ، كما توجب بيان هذه الأثمان بكشف التفريغ ، مع ذكر تاريخ التعامل ، وأن يسترشد بأسعار السوق ، كما تستلزم حساب الأسعار على قاعدة واحدة ، هى قاعدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الادارية خالصة جميع المصروفات والرسوم ، مع مراعاة أسعار النقد الأجنبى ومصاريف تحويل العملة وغيرها •

المادة ٥٤ : وقد تضمنت شروطا كثيرة ومفصلة فى اعداد قائمة الأسعار (جدول الفئات) من أهمها :

(أ) كتابة الأسعار بالمداد بالعملة المصرية رقما وحروفا باللغة العربية ، ويجوز فى حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية مع ذكر ما تساويه بالعملة المصرية •

(ب) منع الكشط أو المحو ، وكل تصحيح فى الأسعار يجب اعادة كتابته بالمداد رقما وحرفا وتوقيعه •

(ج) لا يجوز لمقدم العطاء شطب أى بند من بنوده أو من المواصفات الفنية أو اجراء تعديل فيها • « واذا رغب فى وضع اشتراطات خاصة أو اجراء تعديلات أن يتبعها فى كتاب مرافق لعطائه على أن يشير الى هذا الكتاب فى العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح المظاريف » ولا يلتفت الى أى ادعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ فى عطائه اذا قدم بعد فتح المظاريف •

(د) فى مناقصات توريد الأصناف ، اذا لم يحدد سعر صنف ، فيعتبر ذلك امتناعا من المناقص عن الدخول فى هذا الصنف • أما فى مقاولات الأعمال فقد جعلت اللائحة الادارة بالخيار بين استبعاد العطاء ، وبين أن تضع للبند المسكوت عنه أعلى فئة فى العطاءات المقدمة « فاذا أرسيت عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند فى العطاءات المقدمة دون أن يكون له حق المنازعة فى ذلك » •

(ه) يجب أن يوضح فى قائمة الأسعار ما اذا كان الصنف مصنوعا فى مصر أو فى الخارج « ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم العطاء من بين متعهدى الحكومة » •

(و)تشمل الفئات المحددة جميع المصروفات والالتزامات المتعلقة بتنفيذ العقد « بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملة والتعريفة الجمركية ورسوم الانتاج وغيرها من الرسوم الأخرى » •

المادة ٦٢ : وتخول الادارة الحق فى مراجعة الأسعار المقدمة ، سواء من حيث مفرداتها أو مجموعها واجراء التصحيحات المادية اذا اقتضى الأمر ذلك « ويعول على السعر المبين بالحروف ، ولا يعتد بالعطاء المبنى على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة » •

المادة ٦٣ : وتقضى بأن العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية من مقدميها تكون محل اعتبار عند البت فى أولوية العطاءات •

المادة ٩١ : والتى توجب صرف ثمن الأصناف الموردة فى خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر تحسب من تاريخ اليوم التالى لاتمام اجراءات التحليل الكيميائى أو الفحص الفنى ·

المادة ١٠٧ : والتى تنظم كيفية بيع الأصناف التى تريد الادارة بيعها وقواعد تحديد أسعارها ، وذلك عن طريق تشكيل لجنة · وعلى اللجنة أن تسترشد بأثمان البيع السابق ، وبحالة السوق مع مراعاة حالة الأصناف وتكلفة الحصول عليها ، وعمرها الاستعمالى والنسب المقررة لاهلاكها « وغيرها من عناصر تقدير الثمن بما يكفل تحقيق المصلحة المالية للدولة » ·

(ب) أما الطائفة الثانية من القيود : فمردها الى تدخل المشرع المتزايد فى مجال تحديد الأسعار ، بفرض تسعيرة رسمية · والمسلم به أن النصوص المقررة فى هذا الصدد لا يخضع لها الأفراد فحسب وانما تخضع لها الادارة فى عقودها أيضا ، ذلك أن تلك النصوص آمرة ، وتتعلق بالنظام العام وبالتالى لا يمكن الخروج عليها[1] ·

وقد ورد تطبيق لهذا المبدأ فى المادة ١١٢ من اللائحة الجديدة (والتى تقابل المادة ١٤٩ من اللائحة الملغاة) حيث تقول :

مادة ١١٢ : يكون بيع الأصناف المسعرة جبريا بطريق المزايدة بمظاريف مغلقة ويذكر فى الاعلان أن البيع يكون بالسعر الجبرى لصاحب العطاء الأول غير المقترن بتحفظات الذى يقدم عن الكمية كلها · وانه فى حالة عدم وجود عطاءات من هذا القبيل سيفضل العطاء المقدم عن أكبر كمية من الصنف ، ثم ما يليه من عطاءات

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Dilly» المجموعة ص ٤٤٣ · وقد جاء فيه :

«Il résulte de l'ordonnance du 30 juin qu'elle a une portée générale ; aucune disposition de ladiite ordonnance ne soustrait les marchés administratifs à l'application de la égislation sur les prix».

وراجع حكمه الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٤ فى قضية «Ali Tur» المجموعة ص ٢١٧ وفيها أعلن بطلان الشرط الذى تعهدت فيه الادارة بدفع سعر أعلا من السعر المقرر رسميا ، وان كان المجلس قد أعلن مسئولية الادارة عن ذلك مسئولية مخففة لأن المتعاقد الآخر مفروض فيه أن يعلم بالسعر الرسمى ·

مرتبة ترتيبا تنازليا فيما يتعلق بالكمية المطلوب شراؤها وترتيبا زمنيا لوصول الطلبات المتحدة فى الكمية بحث يفضل أقدمها تاريخا ويشترط أن تكون العطاءات مصحوبة بتأمين تحدد جهة الادارة نسبته من السعر الجبرى المقرر للصنف مع تحديد آخر ميعاد لقبول الطلبات ٠

وبمجرد حلول هذا الميعاد تتولى لجنة فتح المظاريف فتحها ، ثم تفرغ العطاءات وتعرض نتيجة التفريغ على لجنة البت فى العطاءات للبت فيها وفقا للقواعد الواردة فى اعلان النشر ٠

أما ما لم تستطع جهة الادارة بيعه بالسعر الجبرى فتتخذ نحوه الاجراءات المقررة للبيع بالمزاد العلنى على أن يكون السعر الجبرى هو الحد الاقصى عند البيع بالمزاد ٠

واذا كانت الادارة والمتعاقد معها ملزمين باحترام السعر الرسمى ، فان ذلك لا يقيد حريتها فى التعاقد بسعر أقل منه ٠ وقد صدرت من قسم الرأى بعض الفتاوى القديمة فى هذا الخصوص منها:

فتوى قسم الرأى مجتمعا الصادرة فى ١٩٤٨/١/٢٤ (برقم ٥٤ مكرر)[١] ، وقد جاء فيها « استعرض قسم الرأى مجتمعا موضوع مدى تأثير التسعير الجبرى على الثمن المتفق عليه فى العقود ، وانتهى الى أن التسعير الجبرى — وهو عمل تشريعى واجب النفاذ — انما يعين الحد الأقصى للأسعار فلا يجوز التعامل بأكثر منه ، كما أن التسعير الجبرى لا يسرى على العقود والمعاملات التى تمت قبل صدوره وانما يسرى على ما يبرم بعد صدوره ، وكذلك يسرى على العقود الممتدة مثل عقود التوريد بالنسبة الى الكميات التى تورد بعد ادراج الصنف فى جدول التسعير الجبرى ٠٠٠ »[٢] ٠

---

(١) مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٢٣٥ ٠

(٢) واستطردت الفتوى قائلة : « ٠٠٠ الا أن الأخذ بهذا المبدأ الأساسى لا يحول دون الرجوع الى ادارة الرأى المختصة فى كل حالة على حدة لدراستها وابداء الرأى فيها طبقا لظروفها وملابساتها اذ قد يحدث مثلا أن يتقدم المتعهد بمستندات تثبت أنه قد اشترى الصنف جميعه وخزنه لديه عند التعاقد ، وقبل التوريد وصدور التسعيرة الجبرية » ٠

ولكن قسم الرأى مجتمعا لم يعمل المبدأ الذى تضمنته فتواه السابقة ، وخرج عليه فى فتوى أخرى أحدث صادرة فى ١٤/١٠/١٩٥١[1] • وتتلخص ظروف الفتوى فيما يلى : ـ تعاقدت احدى الوزرات مع أحد الموردين على توريد كميات من المسلى ، على أن يكون التوريد حسب الطلب ، وكان ذلك فى أول مايو سنة ١٩٤٦ • وفى ٢٨ ديسمبر من ذات العام أدرج المسلى فى جدول التسعيرة بسعر يزيد كثيرا عن السعر المتفق عليه فى العقد • وطلب من المتعهد أن يورد كميات من المسلى ابتداء من ١٠ يناير سنة ١٩٤٧ • فطالب بأن يتم الحساب على أساس السعر المقرر بالتسعيرة ، وهو ما يتفق مع فتوى قسم الرأى الأول ، على أساس أ ن العقد فى هذه الحالة من العقود الممتدة • والغريب أن الوزارة قد أقرت المتعاقد على رأيه ، وحاسبته على أساس التسعيرة • ولكن كلا من ادارة الرأى وقسم الرأى مجتمعا ذهبا الى العكس ، وقالا بوجوب استرداد فرق السعر منه على أساس محاسبته على السعر الوارد فى العقد « لأن هذه الأسعار قد تضمنها عقد مبرم بتاريخ سابق على ادخال الصنف فى التسعيرة ، وان ادخاله فيها كان بعد انقضاء ثلاثة أرباع العام المتعاقد على التوريد فيه ، كما أن البند الأول من قائمة الأثمان قد نص على أنه لا يحق للمتعهد أن يطالب بأية زيادة فى أسعار عطائية تنتج من تقلبات الأسعار وزيادتها فى السوق ، وأن الوزارة لن تلتفت لمثل هذه الأسباب » وهذه الفتوى الثانية محل نظر ، لأن تفاوت الأسعار فى السوق شىء ، وتحديد سعر السلعة على أساس التسعير الجبرى شىء آخر • ولهذا فاننا مع المبدأ الذى ورد فى الفتوى الأولى • وسوف نعود الى هذا الموضوع عند دراسة نظرية عمل الأمير •

٤ ـ ويعتبر أن السعر قد حدد بصفة نهائية منذ اللحظة التى يتم فيها ابرام العقد ، بحيث لا يعتد بالظروف التى تسبق تلك

---

(١) برقم ٥٣٨ ، مجموعة الأستاذ أبو شادى ص ٢٣٦ •

اللحظة أو تأتى بعدها[١] • ومن هذه اللحظة أيضا يستقر السعر ، ويصبح ملزما للطرفين ، فالمتعاقد لا يستطيع أن يتحلل منه بحجة أنه أخطأ فى الحساب أو لم يقدر الظروف تقديرا جيدا[٢] • وهذه القاعدة تصدق بالنسبة الى الادارة أيضا[٣] •

ولا يقصد بذلك بطبيعة الحال الأخطاء المادية التى قد تقع من الطرفين فى عملية الحساب أو كمية الأعمال ، وقد نصت المادة ٢٥ من اللائحة الجديدة على أنه « اذا شكا مقدم العطاء من حصول خطأ مادى فى عطائه ، فيكون الفصل فى الشكاوى من اختصاص لجنة البت والوزير المختص بعد استطلاع رأى الجهة المختصة فى مجلس الدولة اذا اقتضى الأمر ذلك » •

ثم انه لا يجوز للمتعاقد المطالبة بفرق سعر مرجعه الى ارتفاع تكاليف لمعيشة أو الأسعار بعد التعاقد[٤] • ولا يحق له أيضا الاحتجاج بأن الادارة قد دفعت سعرا أعلى فى حالات أخرى مماثلة[٥] ، أو أن القيمة الحقيقية للسلع الموردة تزيد على السعر المتفق عليه فى العقد[٦] • وبصفة عامة ليس للمتعاقد أن يطالب بزيادة فى السعر على أساس اعتبارات العدالة (considérations d'équité)

وكما يقيد السعر المتفق عليه المتعاقد ، فانه يقيد الادارة ، وبالتالى يفلت من سلطتها فى التعديل كما ذكرنا ، بحيث لا تستطيع أن تعدل فى فئاته ، ولا فى كيفية الوفاء به •

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ يناير سنة ١٩٥١ فى قضية «Ville de Joinville le Pont» المجموعة ص ٢٤ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٨ فى قضية «Antoine» المجموعة ص ٩٣٩ •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٤٨ فى قضية «Coopérative production» المجموعة ص ٦٤١ •

(٤) حكم المجلس فى ٥ فبراير سنة ١٩٣١ فى قضية «Ancona» المجموعة ص ١٣٧ وفى ٥ يونية سنة ١٩٤٢ فى قضية «Etabl-Bancel» المجموعة ص ١٩١ •

(٥) حكم المجلس فى ٩ مارس سنة ١٩٥١ فى قضية «Didonna» المجموعة ص ١٤٨ •

(٦) حكم المجلس فى ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية «Assoc. synd propriétaire de Bernières» المجموعة ص ٥٦ •

ولكن استقرار السعر المتفق عليه فى العقد ، لايعنى جموده المطلق ، بل يجوز تعديل السعر الأصلى باحدى وسيلتين :

الأولى : باتفاق بين الادارة والمتعاقد ، وحينئذ يجب أن تكون نية التعديل قاطعة ، وأن توافق على التعديل ، السلطة المختصة بابرام العقد الأصلى(١) ٠

هذا وقد أقرت المحكمة الادارية العليا بحرية المتعاقدين فى تديد السعر — فى غير ما يتصل بالنظام العام بطبيعة الحال — وذلك فى حكمها الصادر فى ١٧ يناير سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ١٤٦) فى قضية تتخلص ظروفها فيما يلى : تعاقدت وزارة التربية والتعليم مع احدى الشركات على توريد آلات من الخارج ٠ وخلال المدة التى يجوز فيها التوريد ، تقررت فروق علاوة تحويل العملة بنسبة ٢٠٪ تقدمت الشركة الى الوزارة طالبة اعفاءها من الزيادة فى السعر ، ولكن الادارة رفضت ، فتقدمت الشركة بطلب تخير فيه الادارة بين أحد حلول ثلاثة : اما اعفاء الشركة من العلاوة ، واما أن تسددها الشركة نيابة عن الوزارة ثم تستردها ، واما أن تعفى الشركة من التوريد بلا مسئولية ٠ فقبلت الادارة الحل الثانى ، ولكن بعد أن تم التوريد رفضت الادارة الدفع استنادا الى المادة ٤٣ من لائحة المناقصات والمزايدات القديمة ٠ ولكن المحكمة الادارية العليا ألزمت الادارة بالدفع مقررة « أن الثمن الذى يتحدد باتفاق فى العقود الادارية ، وان كان يقيد كأصل عام طرفيه ، الا أن ذلك لا يمنع قانونا من الاتفاق على تعديله ٠٠٠ واذ صدر هذا التعديل عن السلطة المختصة التى أبرمت العقد الأصلى ، فان التعديل يكون قد استوفى شرائطه القانونية وواجب النفاذ ٠٠٠ وأنه ليس ثمة حظر من قانون أو نظام عام على أن ينطوى الثمن فى العقود الادارية على فروق علاوة تحويل العملة أو ما فى حكمها ، فلا مخالفة — والحالة

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ فى قضية «Leroy» المجموعة ص ٢٣ ٠

هــذه ــ فى اتفــاق طرفى العقد على زيادة الثمن بما يوازى قيمة هذه العلاوة »[١] ٠

الثانية : أن يصدر قانون بتعــديل الأسعار أو بتخــويل أحــد الطرفين المتعاقدين الحق فى المطالبة بتعديل السعر المتفق عليه أصلا ٠

٥ ــ ويحدث أحيانا ألا يتضمن العقد كيفية تحديد الثمن ، وذلك فى حالات منها :

(أ)أن تطلب الادارة ــ فى حالة التعاقد بأمر مباشر ــ من متعهد أن يورد سلعا معينة على أن يقدم فاتورة الحساب فيما بعد ٠ وحينئذ يلجأ الى الطريقة المقررة تشريعيا لتحديد الثمن ، والا حدد بناء على سعر السوق وقت الشراء ٠

(ب) أن تأمر الادارة المقاول (أو المورد) بتنفيذ أكثر مما اتفق عليه فى العقد ٠ ويختلف الوضع فى هــذه الحالة وفقا لما اذا كانت تلك الزيادة من جنس موضوع العقد الأصــلى ، وهنا يطبق السعر الأصلى ، أو كانت تختلف عنها ، فيقدر السعر بطريقة جديدة ٠

(جـ) وقد تضمنت الفقرة الرابعة من المادة ٥٤ من اللائحة الجديدة (والتى تقابل ذات الفقرة من المــادة ٣٦ من اللائحة الملغاة) حكما خاصا بسكوت المناقص عن تحديد سعر للبضائع أو الأعمال موضوع التعاقد حيث تقول : « واذا سكت مقدم العطاءات فى مناقصات توريد الأصناف عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة الأسعار المقدمة منه ، فيعتبر ذلك امتناعا منه عن الدخول من المناقصة بالنسبة الى هذا الصنف ٠ أما فى مقاولات الأعمال ، فلجهة الادارة ــ مع الاحتفاظ بالحق فى استبعاد العطاء ــ أن تضع للبند الذى سكت مقدم العطاء عن تحــديد فئته أعلى فئة لهــذا البند فى العطــاءات المقدمة ، وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطــاءات ٠ فاذا أرست

(١) كما قضت المحكمة الادارية العليا للشركة المدعية بالفوائد القانونية بواقع ٤٪ من تاريخ المطالبة القضائية ٠

عليــه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند في العطــاءات المقــدمة ، دون أن يكون له حق المنــازعة في ذلك » .

(د) وأخيرا هناك حالة الأعمال الزائدة التي يقوم بها المتعاقد دون أن تطلبها منه الادارة صراحة : وأظهر ما تكون هذه الحالة ، في عقــد الأشغال العامة . ولكن ليس هناك ما يحول دون تطبيق القواعد التي قررها القضاء بمناسبة تنفيذ هــذا العقد ، على غيره من العقود .

والأصل المقرر في هذا الصدد ، أن يقتصر المتعاقد على تنفيــذ الأعمال المطلوبة منه دون غيرهــا . وليس له أن يضيف اليها من عنده . فاذا أخل بهذا الالتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة خطئه . ولكن مجلس الدولة الفرنسي يلطف من حدة هذه القاعدة من عدة نواح ، فيجيز للمتعاقد الذي نفذ أكثر من التزاماته المقررة بالعقد ، المطالبة بمقابل هذه الزيادة في الحالات الآتية :

أولا : حالة الأعمال الضرورية (Les travaux nécessaires) وهي أعمال لم ينص عليها في العقــد ، ولكن يتبين أثناء التنفيــذ أنها ضرورية لحسن تنفيذ المشروع ، وفقا لقواعد الفن المرعية . واذا كان مجلس الدولة الفرنسي يعوض عن هذه الأعمال ، فان أحكامه تشترط الضرورة صراحــة ، وتنص مثلا على أن الأعمال الزائدة « لا غنى عنها »[1] (indispensable) أو أنها تمثل « ضرورة حتمية »[2] (d'absolue nécessité) لكنه في أحكام أخرى يكتفي بالضرورة المجردة[3] .

---

(١) حكم المجلس الصادر في ١٨ أبريل ١٩٤٥ في قضية «Oréfice» المجموعة ص ٧٨ وفي ٢٢ يونية سنة ١٩٤٥ في قضية «Belvésy» المجموعة ص ١٣٣ .

(٢) حكمه في أول أبريل سنة ١٩٢٧ في قضية «Doerénbecher» المجموعة ص ٤٤٠ وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ في قضية «Brunet» المجموعة ص١٥٥٣ وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ في قضية «Savi» المجموعة ص ١١٤٥ .

(٣) حكمه في ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ في قضيــة «Commune de Teyran» المجموعة ص ٤٨٧ ، وفي ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ في قضية «Polou» المجموعة ص ١٣٦٧ وفي ٩ فبراير سنة ١٩٥١ في قضية «Ville de Nice» المجموعة ص ٨٠ .

ويتخـذ المجـلس من اعتراف الادارة دليلا على تلك الضرورة[١] ٠ وأحيانا يكتفي بأن الادارة لم تجادل فى صفة الضرورة التى تتسم بها الأعمال[٢] ٠

واذا تقررت صفة الضرورة للعمل الزائد الذى قام به المتعاقد ، فانه يتعين على الادارة أن تدفع له مقابل هــذه الزيادة على أساس السعر المتفق عليه فى العقد للأعمال الأصلية[٣] ٠

ثانيا — حالة الأعمــال المفيدة (Les travaux utiles) وهى أعمــال لا تستلزمها ضرورة ملحة كما فى الحالة السابقة ، ولكن تنفيذها يعود على الادارة بفائدة لا شــك فيها ٠ وفى هذه الحالة ، يعوض مجلس الدولة الفرنسى عنها بشرط ألا تكون الادارة قد اعترضت عى تنفيذ الأعمال الزائدة[٤] ٠

فاذا تقررت صــفة النفع للأعمال الزائدة ، فان مجلس الدولة الفرنسى يعوض عنهــا ، لا على أســاس المقرر فى حالة الأعمــال الضرورية ، ولكن على أساس ما عاد على الادارة من فائدة[٥] ، ذلك أن مسئولية الادارة فى هذه الحالــة انما ترجع الى فكرة الاثراء بلا سبب ، بعكس الأعمــال الضروريــة التى تعتبر من قبيل الامتداد

---

(١) حكمه فى قضية «Ville de Nice» المشار اليه فى الهامش السابق ٠

(٢) حكمه فى ٥ أغسطس سنة ١٩١٠ فى قضــية «Grouvelle» المجموعة ص ٨٢١ ٠

(٣) حكمه فى ١١ يونية سنة ١٩٤٣ فى قضية «Grands travaux de Marseille» المجموعة ص ١٤٨ ٠

(٤) حكم المجلس الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٤٤ فى قضية «Pelou» المجموعة ص ٨٨ حيث يقول :

«Il resulte de l'instruction que les travaux dont il s'agit présentait un caractère d'utilité pour la commune et que les autorités communales qui ont été à même de les suivre ne sont pas opposées à leur exécution; ladite commune, ayant bénéficié de ces travaux est tenue d'en indemniser le requérant dans la mesur du profit qué elle en a retiré».

(٥) «Profit que l'administration a retiré du travail».

حكمه الصادر فى قضية «Pelou» المشار اليها فى الهامش السابق ، وفى ٥ ابريل سنة ١٩٢٢ فى قضية «Tardy» المجموعة ص ٣٢٥ ٠

للعقد،وفقا للنية المفترضة للطرفين (L'intention présumée des parties) ذلك أنه يفترض أن المتعاقدين قد رضيا مقدما بأن يقوم المتعاقد بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة للمشروع المتفق عليه[١] ٠

٦ ــ وبالنظر الى كثرة الأعمال العامة التى تتطلبها خطة التنمية ، فان بعض شركات القطاع العام قد لا تتحمس للدخول فى المناقصات العامة التى تجريها الدولة لسبب أو لآخر ، أو تقدم أسعارا مغالى فيها اعتمادا على ضعف عنصر المنافسة ٠ ولهذه الأسباب ، صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٦٢ (فى شأن تنفيذ أعمال خطة التنمية الاقتصادية) وهو يجيز فى مادته الأولى لوزير الاسكان والمرافق أن يكلف أيا من شركات أو منشآت المقاولات الداخلة فى القطاع العام ، بتنفيذ الأعمال اللازمة لخطة التنمية الاقتصادية ٠ كما أنه ينص فى مادته الثانية ، على محاسبة هذه الشركات على ما تقوم به من أعمال بالطريقة التالية : « تتم محاسبة الشركات المذكورة على أعمالها اللازمة لتنفيذ الأوامر الصادرة اليها طبقا للأسعار التى تحددها لجان تشكل بقرار من وزير الاسكان والمرافق ٠٠٠ وتكون قرارات هذه اللجنة نافذة بعد اعتمادها من وزير الاسكان والمرافق » ٠

ولكن يلاحظ أن العمل المعهود به الى شركات القطاع العام فى هذه الصورة ، لا يتم عن طريق عقد ، ولكن بطريق التكليف الادارى أى بقرار ادارى ، مما يخرج به عن نطاق الدراسات الخاصة بالعقود ، والتى يتحمل فيها المتعاقد التزاماته برضائه ٠ ولكن هذه الحالة تكشف ــ للمرة الثانية ــ عن الحاجة الى تنظيم عنصر المنافسة فى نطاق القطاع العام ، وهو الأمر الذى أشرنا اليه أكثر من مرة ٠

---

(١) جيز ، مؤلفه السابق فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٦٧٤ ٠ ومطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٢٢٣ ٠ وان كان هذا الفقيه الأخير ، قد أضاف الى فكرة النية المشتركة للطرفين ، فكرة الفضالة (La gestion d'affaire)

الفرع الثانى

تسديد الثمن

١ ــ يهيمن على موضوع تسديد الثمن القاعدة العامة المتبعة فى حسابات الدولة ، وهى أن الدفع لايكون الا بعد اداء الخدمة (Paiment après service fait) ويترتب على تطبيق هذه القاعدة تطبيقا حرفيا ، أنه يتعين على المتعاقد مع الادارة أن ينجز جميع التزاماته قبل المطالبة بمستحقاته قبل الادارة . ولكن الملاحظ عملا أن المتعاقد قد يلتزم بانفاق مبالغ طائلة فى سبيل اتمام المشروع محل التعاقد ، أو استرداد البضائع المطلوب توريدها .. الخ وقد يستغرق التنفيذ مددا طويلة ، ومن ثم فقد لطف العمل من حدة القاعدة السابقة . فاحيانا تنص العقود على التزام الادارة بدفع جزء من الثمن يقابل جزءا من الخدمة التى أديت ، كثمن البضائع التى وردت فعلا ، أو ما تم تنفيذه من عمل مما يطلق عليه بالفرنسية اصطلاح (Les acomptes) وأحيانا أخرى تلتزم الادارة بدفع مبالغ تحت الحساب (Les avances) وقد تدخل المشرع الفرنسى سنة ١٩٥٣ ونظم كلا من الطريقتين[1] .

٢ ــ وبالرجوع الى لائحة المناقصات والمزايدات نجد أنها قد أخذت بالفكرة السابقة ، فالمادة ٨٣ من اللائحة الجديدة ، والتى تقابل المادة ٩٥ من اللائحة الملغاة ، تنظم كيفية الدفع تحت الحساب بالنسبة الى مقاولى الأشغال العامة على النحو التالى :

(أ) ٨٠٪ من القيمة المقررة للأعمال التى تمت فعلا مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من وقع الفئات الواردة بالجدول .

(ب) ٦٠٪ من القيمة المقررة للمواد التى وردها المقاول لاستعمالها فى العمل الدائم والتى يحتاجها العمل فعلا ، بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقا عليها ، وأن تكون مشونة بموقع

---

(١) راجع مقال الأستاذ «Montmerle» بعنوان «Acomptes et Avances» منشور فى مجموعة «Actual. jurid. 1953 p. 217» وراجع مطول الأستاذ دى لوبادير فى العقود الجزء الثانى ، ص ٢٥٥ .

العمل فى حالة جيدة بعد اجراء الجرد الفعلى اللازم وذلك من واقع فئات العقد ·

(ج) بعد تسلم الأعمال مؤقتا تقوم جهة الادارة بتحرير الكشوف الختامية بقيمة جميع الأعمال التى تمت فعــلا ، ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التى سق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة ·

كما أن المادة ٩١ من اللائحة الجديــدة (والمقابلة للمادة ٥١ من اللائحة الملغاة) تفترض ذات المبدأ حيث توجب صرف ثمن الأصناف الموردة فى خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر تحسب من تاريخ اليوم التالى لاتمام اجراءات التحليل الكيمائى أو الفحص الفنى ·

هــذا ويلاحظ ما أفتت به ادارة الفتوى لوزارة المالية فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥٦ (المجموعة ١ لسنة ١١ ، ص ١٧٩) من أنه فى العقــود التى تتم بمجرد عمليــة الشحن على السفينة ، لا يعتبر دفع الوزارات والمصــالح لثمن مشترياتها من الاعتمادات المفتوحة فى الخارج ، وفى حالة الشراء «C.A.F.» أو «C.I.F.» مقابل تسليم مستندات الشحن ، لا يعتبر هذا دفعا مقدما ، اذ أن التسليم فى هذه البيوع يتم فى ميناء الشحن ، ومن ثم لا يكون فى اجراء الدفع على الوجه المذكور مخالفة للتعليمات المالية ·

٣ ــ الأصل المقــرر فى هذا الصــدد أن جهة الادارة المتعــاقدة هى التى تكون مدينة بدفع الثمن · والغالب ألا صعوبة فى تحديدها ، لأن نصوص العقد تكون قاطعة فى هــذا الخصوص · ولكن يحــدث أحيانا أن يثور شك حول جهة الادارة المدينة · ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على الاستهداء فى هذه الحالة بقــاعدة الشخص العام الذى تم التوريد أو نفذ العمل لحسابه[1] ·

«La personne publique pour le compte de la quelle le travail ou la fourniture ont été exécutés par le contractant».

(١) حكمه الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ فى قضية «Dames Blet Devred» المجموعة ص ١٣٣ · وفى ١٩ يناير سنة ١٩٤٥ فى قضية «Bank d'escompte» المجموعة ص ٢١ ·

أما الدائن بالثمن ، فهو المتعاقد الآخر · ويتعين على الادارة أن تدفع له الثمن وفقا للمبادىء المقررة فى القانون الخاص[1] ·

كما أن دائنى المتعاقد يستطيعــون استعمال الدعوى غير المباشر (L'action oblique) فى مواجهة الادارة[2] ·

واذا كان المتعاقد الأصلى قد نزل عن عقــده لأحــد الأفــراد ، وأقرت الادارة هذا النزول على النحو الذى رأيناه فيما سبق ، فانه يتعين على الادارة أن تدفع الثمن لهذا الأخير ·

٤ ــ ولا يستحق المتعاقد الثمن الا اذا وفى بالتزامه كاملا ، وعلى الوجه السليم ، وفقا للقواعد المقررة · وقد تولت اللائحة تحــديد ذلك فى المواد ٩٧ و ٩٨ و ٩٩ بالنسبة الى عقــود الأشغال العامة ، وفى المواد من ١٠٠ الى ١٠٤ منها بالنسبة لعقود التوريد · ونكتفى هنا بايراد هذه المواد :

أولا ــ بالنسبة الى عقود الاشغال العامة :

مادة ٨٥ من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ٩٧ من اللائحــة الملغاة) « على المقاول بمجرد اتمام العمل أن يخلى الموقع من جميــع المواد والأتربة والبقايا وأن يمهده والا كان لجهة الادارة الحق ــ بعد اخطاره بكتاب موصى عليه ــ فى ازالة الأتربة على حسابه واخطاره كتابة بذلك ، ويخطر عندئذ بالموعد الذى عين لاجراء المعاينة ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعاينة ، ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة الذين يخطر المقاول بأسمائهم · ويكون هــذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم احداها للمقاول · وفى حالة عدم حضــوره أو مندوبه فى الميعــاد المحدد ، تتم المعاينة ويوقع المحضر من مندوبى جهة الادارة وحدهم ،

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٥ فى قضية «Etabiss Brandt» المجموعة ص ٣٠٩ ·

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٢٢ فى قضية «Fauvet» المجموعة ص ٣٦٠ ·

واذا تبين من المعـاينة أن العمل قـد تم على الوجه المطلوب ، اعتبر تاريخ اخطار المقاول لجهة الادارة باستعداده للتسليم المؤقت موعد انهاء العمل وبدء مدة الضمان • واذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل ، فيثبت هذا فى المحضر ، ويؤجل التسليم الى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط **هـذا مع عـدم الاخلال بمسئولية المقاول طبقا لأحكام القانون المدنى** • وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان •

وبعـد اتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول ـ اذا لم توجـد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية مصـلحة حكومية ـ ما زاد من قيمة التأمين النهائى عن النسبة المحددة من قيمة الأعمال التى تمت فعلا ، وتحتفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان واتمام التسلم النهائى » •

مادة ٨٦ ـ من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ٩٨ من اللائحة الملغاة) « يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسلم المؤقت وذلك دون اخلال بمدة الضمان المنصوص عليها فى القانون المدنى •

والمقاول مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان ، فاذا ظهر بهـا أى خلل أو عيب يقوم باصـلاحه على نفقته • واذا قصر فى اجراء ذلك فلجهـة الادارة أن تجريه على نفقتـه وتحت مسئوليته » •

مادة ٨٧ ـ من اللائحة الجديد (والمقابلة للمادة ٩٩ من اللائحة الملغاة) « قبل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المقاول جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد للمعاينة •

ومتى تبين أن الأعمال قـد نفذت مطابقة للمواصفات بحالـة جيدة فيتم تسلمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من

جهة الادارة والمقاول أو مندوبه الرسمى وتعطى للمقاول صورة منه .
واذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقم ببعض الالتزامات فيؤجل التسليم النهائى لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الأخلال بمسئوليته طبقا لأحكام القانون المدنى . وعند تمام التسيلم النهائى يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ويرد اليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه » .

ثانيا — بالنسبة الى عقود التوريد :

مادة ٨٨ من اللائحة الجديدة ، (والمقابلة للمادة ١٠٠ من اللائحة الملغاة) — « يلتزم المتعهد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها ، فى الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم ، ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة .

ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يورده المتعهد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ، ويعطى عنه ايصالا مؤقتا مختوما بخاتم جهة الادارة موضحا به اليوم والساعة التى تم فيها التوريد ، ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور اجراءات الفحص والاستلام النهائى . ويجب أن يتم ذلك الاخطار فى خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالى لصدور الايصال المؤقت . وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة اخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم .

ويعتبر قرار اللجنة بقبول أو رفض الأصناف نهائيا وذلك بمجرد اعتماده من السلطة المختصة بالاعتماد .

مادة ٨٩ : من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ٨٩ من اللائحة الملغاة) : « يلتزم المتعهد بأن يقدم فاتورة الاصناف الموردة من أصل وصورتين . وفى حالة قيامه بالتوريد بناء على طلب جهة الادارة الى جهة غير الجهة المتعاقد على التوريد اليها ، يجب أن ترافق الفواتير

مستندات تثبت قيمة مصروفات النقل الاضافية حتى يمكن رد هذه المصروفات اليه » ٠

المادة ٩٠ : من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ١٠٢ من اللائحة الملغاة) « اذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة، أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو للعينات المعتمدة يخطر المتعهد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بعلم الوصول بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلها ٠ ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة فى ذات اليوم أو اليوم التالى على الأكثر ، ويلتزم المتعهد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لاخطاره ، فاذا تأخر فى سحبها فيكون لجهة الادارة الحق فى تحصيل مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه ولمدة أقصاها أربعة أسابيع ٠ وبعد انتهاء هذه المدة ، يكون لجهة الادارة الحق فى أن تتخذ اجراءات بيعها فورا وأن تخصم من الثمن ما يكون مستحقا لها ، ويكون البيع فى هذه الحالة وفقا لأحكام هذه اللائحة » ٠

المبحث الثانى

الرسم

١ ـ ذكرنا فيما سبق أن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدى فى العقود الادارية ، تعتبر شروطا تعاقدية ، وبالتالى لا تتناولها سلطة الادارة بالتعديل ٠

ولقد ذهب الفقه فى أول الأمر الى تطبيق ذات القاعدة فيما يتعلق بعقد الامتياز ٠ ولكن هذا الرأى مهجور فى الوقت الحاضر فقها وقضاء وتشريعا ، اذ يستثنى المقابل النقدى فى حالة عقد الامتياز ، وتعتبر الشروط المتعلقة به من قبيل الشروط اللائحية ٠ ومن ثم فان هذا المقابل لا يسمى أجرا ، بل رسما «taxe» تمييزا له عن الثمن أو الأجر أو الفائدة ٠٠٠ الخ فى العقود الأخرى ٠

ولم يعد هذا الرأى محل اجتهاد فى مصر ، فقد حسمه المشرع فى المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حيث يقول : « لمانح الالتزام دائما ، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان المرفق العام ، موضع الالتزام ... وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به » بهذا النص الحاسم قطع المشرع المصرى السبيل على رأى فى الفقه الفرنسى ، يميز بالنسبة الى الرسوم بين حالتين :

(أ) فى علاقة كل من الادارة والملتزم بالمنتفعين وفى هذه الحالة ينضم هذا الفريق من الفقهاء الى الرأى الغالب ، والذى يعتبر الشروط المتعلقة بتحديد الرسم ذات طبيعة لائحية .

(ب) أما فى علاقة الادارة بالملتزم : فيذهب هذا الرأى الى أن تلك الشروط تحتفظ بطبيعتها التعاقدية ، وبذلك لا يجوز للادارة أن تستقل بتعديل المقابل المتفق عليه .

وهكذا ينتهى هذا الرأى الى ازدواج طبيعة هذه الشروط[1] .

٢ — وتتولى عقود الامتياز تحديد الرسوم التى يجوز للملتزم تقاضيها من المنتفعين . والعادة أن تتولى الادارة بنفسها تحديد هذه الرسوم بعد استشارة الملتزم ، ولكن هذه الاستشارة لا تطبع تلك الشروط بالطابع التعاقدى كما ذكرنا[2] . وقد يحدد الرسم بصورة قاطعة . ولكن المشاهد الآن أن تحديد الرسم يميل الى المرونة ، فكثيرا ما تكتفى الادارة بتحديد الحد الأقصى (Le tarif maximum) ولقد ذهب الفقيه جيز الى أن تقليد الحد الأقصى للرسم لا يعنى استقلال

---

(١) راجع رسالة الفقيه «Teste» بعنوان : «Les concessions de service public de distrbution de l'électricité» ، ص ٤٤ الى ٩٠ ، وراجع مقدمة هذه الرسالة التى كتبها الأستاذ «Mestre» وأيد فيها الرأى السابق . وراجع تقرير المفوض «Letourneur» فى قضية «Journal l'Aurore» التى صدر فيها حكم المجلس فى ٢٥ يونية سنة ١٩٤٨ ، منشور فى مجموعة سيرى ، سنة ١٩٤٨ القسم الثالث ص ٧١ . وراجع بحث الفقيه «L'Huillier» الذى سبقت الاشارة اليه ، والمنشور فى دالوز سنة ١٩٥٣ ، ص ٥٢ .

(٢) مطول جيز فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٥٥٤ .

الملتزم المطلق فى الانفراد بتحديد المبلغ الذى يتقاضاه من المنتفعين فى نطاق الحد الأقصى المنصوص عليها فى عقد الامتياز ، بل يتعين على الملتزم — فى نظره — الحصول على تصديق الادارة على الرسم الذى حدده فى نطاق الحد الأقصى[1] ٠

ولكن الفقيه دى لوبادير يرى أنه لا محل للشرط السابق الذى قال به جيز ، ويرى أن القضاء لا يؤكده ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى يخول الملتزم حرية تحديد الرسم فى نطاق الحد الأقصى[2] ٠ وليس ثمة أهمية للتمييز بين الرأيين ، ما دمنا نسلم بحق الادارة فى تعديل الرسم فى كل وقت ، فهذه السلطة تخول الادارة تعديل الحد الأقصى المنصوص عليه فى العقد ، وتعديل الرسم الذى يتقاضاه الملتزم من المنتفعين فعلا ٠ وربما كان رأى جيز أفضل من حيث زيادة الرقابة التى تمارسها الادارة ٠ على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن الادارة حينما تخول الملتزم الحرية المشار اليها فانها كثيرا ما تضمن عقد الامتياز نصا صريحا يوجب تصديق الادارة على الرسم الفعلى الذى يقرر الملتزم اقتضاءه من المنتفعين ٠

٣ — وترد على حرية الادارة والملتزم قيود فيما يتعلق بتحديد الرسم أيا كانت الطريقة المتبعة فى تحديده ٠ ويمكن رد هذه القيود الى الاعتبارات التالية :

أولا — مبدأ المساواة بين المنتفعين فى الرسم (Le principe de l'egalité de traitement) فالمرافق العامة تخضع — كما ذكرنا مرارا — لقاعدة المساواة بين المنتفعين ، وتجد هذه القاعدة صداها فيما يتعلق بضرورة التسوية بين المنتفعين فى الرسوم التى يقررها عقد الامتياز،

---

(١) مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٥٥٦ حيث يقول :
«... Tout tarif doit être homologué, s'il ne depasse pas le maxima».

(٢) مطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٢٢٧ وقد استشهد على رأيه بحكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Raincy» المجموعة ص ٤٢٤ ٠

ورد على الأحكام التى استشهد بها جيز ، بأن عقود الامتياز فيها ، كانت تشترط صراحة تصديق الادارة على الرسوم التى يحددها الملتزم فى نطاق الحد الأقصى ٠

اذ يتعين على الادارة حين تحدد الرسم بمفـــردها ، وعلى الملتزم حين يترك له بعض الحرية فى تحديد الرسوم ، احترام القاعدة السابقة ، وهنا أيضا ، قننت هذه القاعدة تشريعيا فى مصر ، فقد نصت المادة ٦٧٠ من القانون المدنى على ما يلى :

١ ــ اذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، سواء فى الخدمات أو فى تقاضى الأجور ·

٢ ــ ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الاعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام ، ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين ·

٣ ــ وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة ، يوجب على الملتــزم أن يعــوض الضرر الــذى قــد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هــذا التمييز من اخلال بالتــواز الطبيعى فى المنافسة المشروعة » ·

واذا كان نص المادة السابق ، قد تحدث عن الالتزام الذى يتضمن احتكارا فعليا أو قانونيا ، وهى الحالة الغالبة فى عقــود الالتزام ، فان المسلم به وفقا لقواعد القانون الادارى أن قاعدة المساواة تشمل جميع أنواع المرافق العامة ، وبصرف النظر عن طبيعة المرفق · بل لقد حاولت الادارة أن تستثنى من القاعدة السابقة المرافق الاقتصادية والتجارية ، بحجة أن هــذا النوع من المرافــق يدار وفقا لظــروف القانون الخاص · والمشروعات الخاصة ، لا تخضع لقــاعدة التسوية بين العملاء · ولكن مجلس الدولة الفرنسى رفض وجهة النظر السابقة رفضا باتا[1] ·

---

(١) حكم المجلس الصادر فى أول أبريل سنة ١٩٣٨ فى قضية «L'alcool dénaturé» منشور فى مجلة القانون العام لســنة ١٩٣٩ ، ص ٤٨٧ مع تقرير المفوض «Latournaire» الذى رفض وجهة نظر الادارة بشدة أيضا ·

ولكن المساواة لا تعنى بطبيعة الحال المساواة الحسابية أو المطلقة ، ولكن يقصد بها توحيد المعاملة متى تماثلت الظروف . وبالتالى يجوز التمييز اذا اختلفت الظروف . أما ما تحرمه قاعدة المساواة ، فهو خلق امتيازات خاصة لبعض المنتفعين لا تستند الى أساس معقول ، وبالتالى يجوز تغيير الرسم وفقا لبعد المكان الذى تؤدى فيه الخدمة أو لنوع الخدمة المطلوبة ، أو زمانها .. الخ . ولكن مجلس الدولة الفرنسى رفض التمييز الذى يستند الى الاعتبارات التالية :

(أ) تغيير سعر الكهرباء وفقا لمساحة أملاك المنتفع[1] .

(ب) تغيير سعر توريد المياه وفقا لمدى مقدرة الفنادق والمطاعم والمقاهى على الوفاء[2] .

(جـ) تحديد سعر البيع بما يقيم تمييزا بين المصانع التى أنشئت قبل تاريخ معين وبعده[3] .

ثانيا ــ تحديد المشرع صراحة للسعر الذى يتعين أن تقدم به الخدمة كما لو حدد سعر الكهرباء أو الغاز أو الكيروسين .... الخ فحينئذ لا تستطيع الادارة ولا الملتزم أن يخرج على نصوص التشريعات فى هذا الصدد .

---

(١) حكمه الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٣٦ فى قضية «Veyre» مجموعة سيرى سنة ١٩٣٧ ، القسم الثالث ، ص ١٠٥ وقد جاء فيه قول المجلس :

«Un tel tarif est établi selon des règles qui, pour des usagers remplissant les même conditions par rapport au service public, n'étaient pas égales pour tous».

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٢٨ فى قضية «Chambre syndicale des propriétaires marseillais» المجموعة ص ٢٢٢ ، حيث يقول :

«Le règlement avait institué un régime de faveur à l'avantage de certains usagers»

(٣) حكمه الصادر فى أول أبريل سنة ١٩٣٨ فى قضية «L'alcool dénaturé» السابق وقد جاء فيه :

«Si le principe de l'égalité de traitement entre usagers ne fait pas obstaclé à ce qu'un barème de prix de cession differentes soit institue faisant état des situations differentes dans lesquelles les industriels acheteurs pouvent se trouver au régard du service public, il resulte de l'instruction qu'un tel objet n'a pas été visé dans l'espèce».

ثالثا — ويجب أن نضيف الى ما تقدم نص المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والتى تقضى بأنه « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوى فى صافى أرباح استغلال المرفق العام ١٠٪ من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال • وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولا فى تكوين احتياطى خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن ١٠٪ وتقف زيادة هذا الاحتياطى متى بلغ ما يوازى ١٠٪من رأس المال ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام » وهذا النص عام يسرى على جميع المرافق العامة ، سواء التى أنشئت قبله أو التى تنشأ بعده[1] • ويترتب على ذلك أن الادارة ملزمة بأن تعيد النظر فى تعريفة الأسعار على ضوء ما يسفر عنه تشغيل المرفق من أرباح وفقا للأسس التى وضعتها المادة الثالثة •

وهذا ليس مجرد حق للادارة ، بل هو واجب عليها ، يستطيع المنتفعون اجباريا على ممارسته اذا قصرت أو أهملت فيه كما ذكرنا •

٤ — واذا كان الرسم المحدد بمقتضى عقد الامتياز يلزم المتعاقد ، بحيث لا يجوز المطالبة بالحصول على أكثر منه ، فان من المسلم به ان جهة الادارة المتعاقدة تستطيع أن تتفق مع الملتزم على زيادة الرسم لمواجهة ظروف جديدة ، بشرط مراعاة الاجراءات المقررة فى هذا الصدد •

والمسلم به أن الادارة اذا رفضت الموافقة على هذه الزيادة ، فان القاضى لا يستطيع أن يحل محلها فى هذا المجال ، فهو لا يستطيع أن يحكم بزيادة الرسم المقرر فى العقد[2] ، الا اذا كان عقد الامتياز ذاته ينص على قواعد تتضمن تغيير السعر وفقا لتغير ظروف يحددها

---

(١) راجع ما سبق ذكره بهذا الخصوص فى موضعه من هذا المؤلف •

(٢) حكمه الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Sté. d'entreprises» المجموعة ص ٢٣ •

(une clause de variation de tarifs) وذلك اذا حدث خلاف بين الادارة والملتزم حول نسبة الزيادة التى يجب تقريرها لمواجهة الظروف الجديدة .

وهذا بخلاف حالة الظروف الطارئة والتى سنعرض لها فيما بعد .

وهكذا تكون سلطة الادارة فى عدم الموافقة على زيادة الرسوم ، من قبيل السلطات التقديرية الواسعة ، ولا يحد منها الا ما يرد فى العقد من نصوص ، كنص تغيير الأسعار وفقا لتغير الظروف المشار اليه ، أو اذا ضمنت الادارة للملتزم أن يغل المرفق نسبة معينة من الأرباح ، فحينئذ يتعين على الادارة أن توافق على زيادة الرسم بما يحقق تلك النسبة من الأرباح ، الا اذا شاءت أن تتحمل هى الفرق بين ما يغله من ارباح وما ضمنه العقد منها[1] .

على أنه اذا كان القاضى لا يستطيع أن يعدل الشروط الخاصة بالرسوم رغم ارادة الادارة ، فان اصرار الادارة على الرفض تعنتا ، قد يؤدى فى بعض الحالات الى الحكم بالتعويض على أساس الخطأ[2] .

---

(١) حكمه الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٧ فى قضية «Tramways de Saint Quentin» المجموعة ص ٦٤٧ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٥٥ فى قضية «Sté. La fusion des gaz»

الفصل الثالث

التوازن المالى للعقد ومبدأ التعويض بلا خطأ

١ ـ رأينا مما سبق أن المتعاقد مع الادارة يتعرض أثناء التنفيذ لتدخل الادارة ، التى تملك ـ فى الحدود التى رسمناها ـ زيادة التزاماته أو انقاصها • ولما كانت التزامات المتعاقد فى هذه الظروف تتسم بالمرونة ، فان من الضرورى اضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضا ، نظرا للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه : فالمتعاقد انما يقبل أن يلتزم لأنه يضع نصب عينيه حقوقا معينة يعول عليها ، وما دامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقص ، فيجب أيضا أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها • وهذا هو ما يعبر عنه بصفة عامة ، بفكرة التوازن المالى للعقد الادارى : (la notion d'equilibre financier) أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته • (l'équivalence honnête des presations) ففكرة التوازن انما هى فكرة ملازمة لحق التعديل الذى شرحناه • ولما كان مثل هذا الحق لاوجود له فى القانون الخاص ، فان فكرة التوازن المالى للعقد ، هى فكرة لا مقابل لها فى ذلك القانون •

٢ ـ ولقد ظهرت فكرة التوازن لأول مرة بمناسبة تدخل الادارة فى عقود الامتياز ، وتولى المفوض ليون بلوم صياغتها فى تقريره الذى قدمه فى قضية (Cie françaiise des tramways) والتى صدر فيها حكم المجلس فى ١١ مارس سنة ١٩١٠[١] • وما يزال الفقه يردد عباراته التى نرى من المصلحة ذكرها فى هذا الخصوص • يقول المفوض بلوم :

«Il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser dans la mesure du possible, une églité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées ... Les avantages et les charges doivent se blaancer de façon à former le con =

---

(١) المجموعة ص ٢١٨ •

tre partie des bénéfices probable et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, l'équivalance honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui ... C'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financiere du contrat de concession».

ومنذ هذا التاريخ أصبح استعمال الاصطلاح دارجا ، قلما تخلو منه مذكرة لمفوضى الدولة فى هذا المجال[١] ·

٣ — واذا كانت فكرة التوازن المالى للعقود الادارية مسلما بهـا بصفـة عامة ، فان الصعوبة كلها فى تحـديد مدلـولها ، وشروط تطبيقها ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى — بما عرف عنه من روح واقعية عملية ، تسـتهدف الحكم على كل حالة فردية وفقا لظروفها الخاصة ، ودون الاهتمام بالاعتبارات النظرية — لم يكلف نفسه عناء تحديد مدلول فكرة التوازن المالى للعقود الادارية ، ولا توضيح شروط استعمالها · ومن ثم فقد اختلف بشأنها الفقهاء على النحو التالى :

أولا — من الفقهاء من يجعل النظرية ذات صبغة عامة ، بمعنى أن الادارة تلتزم بضمان التوازن المالى للعقد فى كل حالة يختل فيها توازن العقد ، سـواء أكان ذلك بفعل الادارة أو لأمر خـارج عن ارادتها · وأوضح من يمثل هذا الاتجاه الفقيه «De Soto» فهو يقول فى تعليق له منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٥٠ (ص ٤٥٥) ما يلى[٢] :

«On sait que parmi les règles essentielles des contrats administratifs figure la règle dite du «maintient de l'équilibre financier du contrat». d'après laquelle, si l'action de l'administration ou une circonstance exceptiannelle ont modifé cet équilibre, une indemnité doit être versée au cocontractant lésé».

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٢ فى قضية «Ville de Rouen» وحكمه الصادر فى ٩ مارس سنة ١٩٢٨ فى قضـية «Cie des scieries africaines» مجلة القـانون العـام سـنة ١٩٢٨ ص ٢٣٦ مع تقـرير المفـوض «Latourneríe» وحكمـه الصـادر فى ٣ ديسـمبر سـنة ١٩٢٠ فى قضية «Fromassol» مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ٨٠ مع تقرير المفوض «Corneille» وحكمه فى ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Toulon» مجلة القانون العـام سنة ١٩٣٥ ص ٧٨٣ مع تقرير المفوض «Andrieux» ·

(٢) وفى تعليق آخر له منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٤٢ ، ص ١١٠ يقول :
«Le maintion de cet équilibre constitue une norme fondamentale de la théorie

=

ثانيا : وذهب رأى آخر ـ تبناه الدكتور ثروت بدوى فى رسالته عن عمل الأمير التى سبقت الاشارة اليها ـ الى ضرورة التخلص من فكرة التوازن المالى للعقد ، ذلك أنه يأخذ على هذه الفكرة أنها خطرة (dangereuse) كما أنها غير صحيحة (inexacte) [(١)] : أما خطورتها عنده ، فمردها الى الطابع العام الذى يريد بعض الفقهاء اضفاءه عليها ، وارجاعهم اليها كل تعويض يستحقه المتعاقد حتى ولو اختل التوازن المالى بغير عمل الادارة كما رأينا فى رأى دى سوتو السابق ، مع أن فكرة التوازن المالى عاجزة عن تبرير التعويض فى هذه الحالة الأخيرة • وأما عدم صحتها فمرده الى كيفية تطبيقها : ذلك أن الدكتور ثروت يرى أن التعويض الذى يحكم به للمتعاقد نتيجة لاخلال الادارة باقتصاديات العقد لا يتطابق فى جميع الحالات مع التوازن المالى للعقد كما روعى عند التعاقد • ويقدم الدكتور ثروت فرضين لتصوير تلك الحالة :

فقد يحدث أن يقبل المتعاقد عند ابرام العقد أسعارا غير مجزية نتيجة خطأ من جانبه • فاذا تدخلت الادارة فى تنفيذ العقد بعد ذلك ، فان القضاء يحكم بالتعويض الكامل ، لا على أساس السعر الذى قبله المتعاقد عند ابرام العقد ، ولكن على أساس السعر الحقيقى وقت تدخل الادارة فى التنفيذ • ويصدق هذا الفرض أيضا فى حالة ارتفاع الأسعار بعد التعاقد ، اذ يضع القضاء نصب عينيه عند الحكم بالتعويض الأسعار الجديدة لا تلك التى أبرم العقد على أساسها •

= des contrats administratifs. Les obligations des parties sont cencéee avoir été calculées de telles sorte qu'elles se balancent au point de vue financier et le juge du contrat devra s'efforcer de maintenir coûte que coûte cet équilibre. Les préstations dés contractants sont en corrélation, les unes avec les autres et si celles de l'un d'eux augmentent ou diminuent il est conforme à l'équité et au but du contrat (et à la commune intention des parties) que celles de l'autre varient dans le memo sens».

(١) ص ١٢٩ وما بعدها من رسالته •

أما الحالة الثانية فهى حالة انهاء الادارة للعقد بلا خطأ ، ففكرة التوازن المـالى لا يمكن أن تبرر التعويض الذى يحـكم به القضاء للادارة ، حيث أنه لا يمكن بالفرض التحدث عن التوازن المالى لعقد غير موجود •

ولكن رغم كل هذا النقد ، فقد اعترف الدكتور ثروت بدوى بأن فكرة التوازن المالى للعقد ، تصلح لتفسير تعويض المتعاقد فى بعض الصور[1] •

ثالثا ـ وكلا الرأيين السابقين معيب ، ففكرة التوازن المالى للعقد لا تكفى ــ على الأقل وحدها ــ لتبرير التعويض فى جميع الحالات التى يحكم فيها القضـــاء الادارى بتعويض خطأ من جانب الادارة • كما أن فكرة التوازن المالى تنطوى على حقيقة لا شك فيها ، ولا يمكن انكارها ، فمرونة التزامات المتعاقد تقتضى مرونة حقوقه فى مواجهة الادارة • ومن الطبيعى أن تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادة ونقصا ، على الأقل اذا كانت هذه الزيادة أو النقص بفعل الادارة • ولكن ذلك لا يعنى بالضرورة وضع نسبة حسابية صارمة بين الحقوق والالتزامات كما يؤكد فريق من الفقهاء ، وبالذات الفقيه بيكينو ، الذى رد فكرة التوازن المالى للعقــد الى معادلة حسابية صورها كما يلى : اذا فرضنا أن حقوق المتعــاقد التى يستمدها من العقــد عند ابرامه لأول مرة تساوى (أ) وأن التزاماته تساوى (ب) فان نسبة حقــوقه الجـديدة ــ بعــد الزيــادة أو النقص ــ (أ) الى التزاماته الجديدة (ب) يجب أن تكون هى ذات النسبة بين حقوقه والتزاماته الأصلية ، فتصبح المعادلة كما يلى :

---

(١) جاء فى صفحة ١٣٣ من رسالته السابقة قوله :

«La notion d'équilibre financier est tropeuse et prête à confusion. L'expression traduit mal l'économie du contrat administratif. Si elle peut expliquer l'indemnité accordée dans certains cas, elle en laisse beaucoup d'autres sans explication ... Il est dangereux de continuer de parler de l'équiliber financier du contrat administratif ... ».

$$\frac{أ}{ب} = \frac{أ'}{ب'}$$ (٢)

هذا الجمود الحسابى ، هو الذى استند اليه الدكتور ثروت بدوى لانتقاد فكرة التوازن المالى للعقود الادارية • ولو كان هذا هو معنى التوازن المـالى لكان نقده مسلما به ، ولكن فكرة التوازن المالى هى مجرد توجيه عام ، وتستهدف الابقاء على طبيعة العقد كما روعى عند التعاقد ، ومعاملته كظاهرة طبيعية ، فالحيوان والنبات يتمدد وينكمش ، ولكنـه يحتفظ بخواصـه ومظاهره • وكذلك العقـد الادارى ، فقد تزيد الادارة من الالتزامات المترتبة عليه أو تنقص منها ، ولكن عليها أن تحتفظ بتوازن العقـد الاقتصادى ابقاء على خواصه الأصلية • ولا شك أن هذا التوجيه فى غاية الفائدة للقاضى وسيجد نفسه مسوقا الى الاستهداء به فى تقدير التعويض • ومن ثم فانه من المغالاة القول بأن هذه الفكرة خطيرة وغير صحيحة(٢) •

٤ ـ وعلى الأساس السـابق يمكن رد الأحكام الأساسـية لفكرة التوازن المالى للعقود الادارية الى القواعد الآتية :

(أ) لا تعنى القاعدة التوازن الحسابى ، ولكن التوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق كما يقول بعض الفقهاء (L'équivalance honnêts des prestations)

(ب) تفسر فكرة التوازن المـالى للعقد التعويض الذى يحكم به للمتعاقد اذا ما كان مرجـع الضرر الى فعل الادارة ، على الأقل فى

---

(١) جاء فى بحثه عن العقود المنشور فى مجموعة (J. C. A. 511, 237) وقد سبقت الاشارة اليه قوله :

«L'équilibre du contrat administratif est dynamique et du type :

$$\frac{a}{b} = \frac{a'}{b'}$$

(٢) ولا أدل على ما نقول به من أن المشرع نفسه قد لجأ الى فكرة التوازن المالى لعقد الالتزام فى المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة والتى تقول : « اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام ••• » •

نطاق نظرية عمل الأمير كما سنرى • أما فى خارج نطاق هذه النظرية ، وعلى الخصوص اذا ما كان مرد الاختلال الى غير عمل الادارة ، فان فكرة التوازن المالى للعقد وحدها لا تكفى لتبرير التعويض • ومن ثم فقد ذكرنا الى جوار فكرة التوازن المالى للعقد مبدأ التعويض بلا خطأ حتى يمكن تناول جميع صور التعويض التى يحكم بها للمتعاقد دون خطأ من جانب الادارة •

(جـ) يرجع كثير من الفقهاء أساس فكرة التوازن المالى للعقد الى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين (La commune intention des parties)[1] ، كما أن كثيرا من أحكام مجلس الدولة الفرنسى تشير الى فكرة النية المشتركة للمتعاقدين فى هذا الصدد[2] ، ولكن هذا التوكيد لا يصدق الا فى حالة النص صراحة فى العقد على ضمان الادارة للتوازن المالى للعقد ، وحينئذ ، نكون أمام تفسير شروط العقد[3] •

أما فى غير حالة النص صراحة فى العقد على ضمان الادارة لتوازنه المالى أو الاقتصادى ، فان مرجع هذه القاعدة الى العدالة «L'équité» وصالح المرفق العام ، لأن للادارة الحق فى تعديل التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقص كما ذكرنا ، فيكون من العدالة تعويض المتعاقد عن كل ضرر يناله من جراء تدخل الادارة ، واستعمالها لسلطتها تلك • ومن ناحية أخرى فان هذا الحق مقرر لصالح المرفق العام لأنه يمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته ، كما أنه يشجع الأفراد على التعاقد مع الادارة •

٥ — بالرغم من حداثة القضاء الادارى فى مصر بصفة عامة ، وحداثة اختصاص مجلس الدولة المصرى بموضوع العقود الادارية

(١) من هذا الرأى العميد بونار ، موجزه فى القانون الادارى ص ٤٦١ ، ٧١٧ ، وجيز مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٦٨١ ، ودى سوتو • تعليقه سنة ١٩٥٠ وقد سبقت الاشارة اليه •

(٢) رسالة الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ وما بعدها •

(٣) مثال ذلك حكم المجلس الصادر فى ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Toulon» مجلة القانون العام سنة ١٩٣٥ ص ٧٨٣ مع تقرير المفوض «Andrieux»

بصفة خاصة ، فان محكمة القضاء الادارى المصرية قد أتيح لها أن تبسط فكرة التوازن المالى للعقود الادارية وأن تضعها فى مكانها الصحيح ، فى حكمها المطول الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الاشارة اليه أكثر من مرة) حيث تقول :

« ... ان الفقه والقضاء الادارى ، قد خلق نظرية الظروف الطارئة ، ونظرية التوازن المالى للعقد ، وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الادارة ، وبين المزايا التى ينتفع بها ، على اعتبار أن العقد الادارى يكون فى مجموعه كلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، وتعادل كفة الميزان بينهما ، وذلك بتعويض المتعاقد فى أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الادارة ، مع اختلاف مقدار التعويض . فتارة يكون التعويض كاملا ، وتارة يكون جزئيا . وأيا كانت الأسانيد التى قامت عليها هذه النظريات والقواعد ، واختلاف الرأى فى مبرراتها ، فانه مما لا شبهة فيه انها ترتد فى الحقيقة الى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى . كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد فى شأن من شئون المرافق العامة . وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الادارية ، ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح . وان هذه المحكمة لترى من الخير — بمناسبة الدعوى الحالية — التنبيه الى أن القواعد والأصول والنظريات التى وضعها الفقه والقضاء الادارى فى هذا الشأن ، انما كانت وليدة البحث والتقصى وثمرة التجارب حقبة طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التى قامت بين جهات الادارة والمتعاقدين معها ، وأن الاطار العام الذى دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير منكورة ، حاصلها أنه يكون مفهوما أن حق جهة الادارة فى الحصول على المهمات والأدوات أو اداء الخدمات وانجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف ،

يقابله من جانب المتعاقد معها أن يهدف الى تحقيق ربح مجز له عن راس ماله المستغل كله أو بعضه أو بما وضعه لنفسه من نظام الاستهلاكات الحسابية • ولكن هذا الوضع لا يعنى أن يقف كل منهما ازاء الآخر موقف التربص والتوجس وانتهاز الفرص أو موقف الطرف المتخاصم فى نزاع أن ظل كامنا فهو خليق بأن يتحول فى أية لحظة الى دعوى تطرح أمام القضاء ، بل ان الحق الخالص فى شأن العلاقة بين جهة الادارة والمتعاقد معها ، أن تنظر اليها جهة الادارة من زاوية تراعى فيها كثيرا من الاعتبارات الخاصة التى تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالى للدولة ، وأن الهدف الأساسى هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها ، وأن ينظر اليها المتعاقد مع الادارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة فى سبيل المصلحة العامة ، فيجب أن تؤدى بأمانة وكفاية • وهذا وذاك يقتضى من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاضد والتساند والمشاركة فى وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات • وبهذا تطمئن جهة الادارة الى حسن التنفيذ وانجازه فى مواعيده المحددة ، ويطمئن المتعاقد معها الى أنه سينال - لقاء اخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالعمل - جزاءه الأوفى وأجره العادل •

ولذلك ينبغى ألا يعتبر المتعاقد صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة لمجرد أنه يبغى من تعاقده تحقيق ربح حلال ، اذ أن هذا حقه الذى لا ينازع فيه • وهو لا ينقلب الى صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة الا منذ اللحظة التى ينحرف فيها عن الجادة ويتنكب سبيل الأمانة أو يحاول الحصول على ربح حرام غير مشروع - أيا كانت وسائله فى ذلك - أو يسرف فى طلب الربح ويشتط فيه على حساب الخزانة العامة • وفى هذه الحالة يكون من حق الادارة أن تفسد عليه سعيه فتحرمه ثمرة غشه وتحبس عنه الربح الحرام أو تنزل بأرباحه الى الحد المعقول ، لأن الأرباح

الفاحشــة انما تؤخذ من أموال الدولة ومن مجموع الأفراد وعلى حساب المصلحة العامة ، مــع أن الأعمال التى تؤدى تكون لمصلحة المجموع لا لمصلحة من يقيمونها لحساب المجموع . ويقابل ذلك أن المتعاقد مع الادارة ـ مع حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره واتخاذ الحيطة الواجبة ـ قد تصادفه عند التنفيذ ظروف استثنائية وأمور لم تكن فى الحسبان ، وصعــوبات غير منظــورة لم يكن يتوقعهــا ، أو يتعرض لمخاطر ادارية أو اقتصادية وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختــل معها التــوازن المالى للعقــد ، ويصاب بخسارة محققة ، فيكون من حقه على جهة الادارة ألا يتحمل وحده كل الغرم وأن تساهم معه جهة الادارة بقدر معين ، فتعوضــه تعويضا عادلا عما يصيبه من أضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الادارية التى تعاقد معها ، تأسيسا على أنه ليس من العدل والانصاف وحسن النية فى المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أى تعويض استنادا الى نصوص العقد الحرفية ، ولمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالى والرغبة الملحة فى الحصــول على المهمات والأدوات أو انجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار ، لأن معنى ذلك ، استباحــة نهبــه وتدميره وتضحيته وهو أمر ـ الى جانب مجافاته للعدالة ـ فانه لا يتفق والمصلحة العامة ، اذ ينتهى الأمر الى احــدى نتيجتين : اما الى خروج المقــاولين أو متعهــدى التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة ، أو انصرافهم عن الاشتراك فى المناقصــات مستقبلا ، فيتلقف الزمام غير الأكفاء وغير الأمناء ، وتقع المنازعات والاشــكالات التى تنتهى الى تعطيل المرافق العامة ، وبخاصة بالنســبة للأعمال الانتاجية والاقتصادية والعمرانية الضخمة ذات الأهمية الخاصة ، وبما تتطلبه من كمال فنى ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر الا فى طائفة معينة من الشركات الكبرى ، بما لها من امكانيــات فنيــة ومــالية وادارية وما تملكه من آلات وأدوات خاصة .. واما أن يعمد هؤلاء الى تأمين أنفســهم بأن يحتســبوا ضمن أســعار التكلفة ، وبالتالى من ضمن

أسعار عطاءاتهم ، مبلغا للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة ، وتكون النتيجة زيادة عامة فى الأسعار التى تتم بطريق المناقصة ، مما يفوت على جهة الادارة غرضها فى الحصول على أصلح الأيدى العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها . وهذه كلها نتائج يجب تفادى الأسباب المؤدية اليها لأنها لا تتفق والمصلحة العامة كما سبق القول ... يضاف الى ما تقدم أن لجهة الادارة ميزة الخروج على مبدأ المساواة بين طرفى العقد بثبوت حقها فى تعديل العقد من جانبها وحدها وفى الحدود التى تقتضيها المصلحة العامة ، وهى اذ تمارس سلطة التعديل كحق مشروع مقرر لها يمكن أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها ، ولذلك فانه ـ تحقيقا للعدالة ـ يكون من حق المتعاقد مع الادارة أن يعوض تعويضا عادلا عن الأضرار التى تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب ظروف العقد المالية على أثر ممارسة الادارة لسلطة التعديل ، ذلك لأن ايثار ضرورات المرافق العامة على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ، ليس معناه التضحية بهذه المصالح ، بحيث يتحمل المتعاقد مع الادارة وحده عبء جميع هذه الأضرار ، ولضرورة قيام التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتى الميزان بينهما ، والا انتهى الأمر الى النتائج السابق بيانها ، وهى لا تتفق مع المصلحة العامة بل هى لا تحققها فى قليل أو كثير ... » .

وفى فقرة أخرى من الحكم ذاته تقول المحكمة فى نفس المعنى :

« ان من طبيعة العقود الادارية أنها تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الادارة وبين المزايا التى ينتفع بها اعتبارا بأن نصوص العقد تؤلف فى مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، فاذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الادارة زيادة فى أعبائه المالية ، فانه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء ، بل يكون له فى مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالى للعقد تأسيسا على أن هذا العقد ينظر اليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق

المالية للمتعاقد ، فاذا ما انتهى تدخل الادارة فى العقد بالتعديل الى الاخلال بهذه الحقوق كما حددت عند ابرام العقد ، فيجب اعادة التوازن المالى للعقد الى ما كان عليه . كما أنه اذا كان حق الادارة فى التعديل أمرا يفترض قيامه فى ذهن المتعاقد مع الادارة عند ابرام العقد بحيث يكون للادارة استعمال هذا الحق من غير أن ينص عليه فى العقد ، فانه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد فى أنه يقدر من جانبه هو أيضا أن جهة الادارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل . وهذا التعويض يقوم على أنه لا يتصور أن المتعاقد مع الادارة يقبل معاونتها فى تسيير المرفق بالمجان وبغير مقابل ، بل الطبيعى أنه قرر طبقا لتقديراته أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم ، فاذا سلم للادارة بحق التعديل تحقيقا للمصلحة العامة ، فان العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع فى الفائدة أو الربح الذى قدره عند ابرام العقد ... هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فانه اذا قام فى الاعتبار أنه من الأمور المسلمة أن يحقق المتعاقد مع الادارة مصلحته الخاصة ، كما أنه كما من الأمور المسلمة كذلك أن تحقق الادارة المصلحة العامة ، فانه لا يكون للمتعاقد وجه للشكوى — فى حالة التعديل — اذا عوضته الادارة بما يتناسب مع ما كان يقدره لنفسه من ربح أو فائدة عند ابرام العقد ... وبهذه الضوابط تكون العقود الادارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التى تفرضها ، والفوائد التى يجبيها المتعاقدون منها . فاذا قامت جهة الادارة باجراء تعديل أو تغيير فى هذه الالتزامات ، فان الفائدة تتغير هى الأخرى وبطريقة آليه تبعا لذلك ، حتى يظل التوازن المالى للعقد قائما ، اذ أن هذا التوازن المالى أمر مفترض فى كل عقد ادارى ، ومن حق المتعاقد مع الادارة أن يعوض على مقتضاه ، دون حاجة الى النص على ذلك فى العقد ، لأنه ليس مما يتفق مع العدالة والمصلحة العامة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالى للعقد ، كما أن ايثار ضرورة المرفق

العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحده جميع الأضرار الناشئة عن التعديل ... ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك وأبيح للادارة حق التعديل دون أن تلتزم مقابل ذلك بالتعويض على أساس التوازن المالى للعقد ، لانتهى الأمر من الناحية العملية الى أن أحدا من الناس لن يقبل المجازفة فيبرم مع الادارة عقدا يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة ويتعرض فيه الى خسارة محققة لا سبيل الى تعويضها ... » .

وواضح من صياغة الفقرات السابقة من حكم محكمة القضاء الادارى أن المحكمة قد أخذت بالأفكار الراجحة فيما يتعلق بنظرية التوازن المالى للعقود الادارية[1] .

هذا ولقد أخذت الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بذات المبدأ ، فى فتواها الصادرة فى ٤ فبراير سنة ١٩٥٦[2] ، فبعد أن سلمت بحق الادارة الأصيل فى « تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم » استطردت تقول : « على أنه وان كان استعمال مانح الالتزام لحقه فى تعديل التعريفة بتخفيضها أو تعديل شروطها لصالح المنتفعين أمرا مشروعا فى ذاته ، الا أن ايثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه تضحية هذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار ، فاذا ترتب على انقاص التعريفة خسارة ، فعلى مانح الالتزام أن يعوضه عن هذه الخسارة اذ من المسلم أن للملتزم حقا فى التوازن المالى للمشروع ، وأن السلطة مانحه الالتزام ملزمة برد هذا التوازن اذا اختل نتيجة لتدخلها بتخفيض التعريفة مثلا ، وأن لها وحدها اختيار الوسيلة التى تتبع لتعويض الملتزم ... » .

---

(١) وراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١٠٢٤) وقد جاء فيه « وقد ترتبت عليه (زيادة السعر) زيادة أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة الى حد الاخلال بتوازن العقد اخلالا جسيما » .

(٢) سبقت الاشارة اليها .

ثم ان المحكمة الادارية العليا تشير بكثرة الى فكرة « التوازن المالى أو الاقتصادى للعقد الادارى » ومن ذلك على سبيل المثال من أحكامها الحديثة :

(أ) حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) وقد جاء فيه : « ··· خفضت المحكمة الاتاوة المتعاقد عليها تحقيقا للتوازن المالى للعقد ··· ومن شأن ماطرأ من ظروف أن تقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب » ·

(ب) حكمها الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٧٧٨) حيث تقول : « والصعوبات سالفة الذكر لا ترقى الى مستوى الحوادث ··· التى يختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما » ·

(ج) حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٥٧٦) وقد تضمن قولها : « طرأت أثناء تنفيذ العقد الادارى ظروف أو أحداث ··· قلبت اقتصادياته » ·

٦ ـ على أن فكرة التوازن المالى للعقد الادارى ، هى أساس عام ، ولا يكفى التسليم بها للحكم على مدى التعويض الذى يستحقه المتعاقد وأوضاعه ، وانما يجب دراسة تطبيقات حالات التعويض التى جرى القضاء الادارى على التسليم بها فى غير حالة الخطأ المنسوب الى الادارة · وبالرجوع الى القضاء الادارى فى هذا الخصوص ، نجد أن ثمة حالات ثلاث يمنح فيها القضاء الادارى تعويضا للمتعاقد دون حاجة الى اثبات خطأ فى جانب الادارة ، وهذه الحالات هى :

أولا ـ عمل الأمير ·

ثانيا ـ الظروف الطارئة ·

ثالثا ـ الصعوبات المادية وغير المتوقعة التى يواجهها المتعاقد فى التنفيذ ·

واذا كان ظاهر التسمية قد يوحى باستقلال كل فكرة من الأفكار السابقة عن الأخرى ، فان حقائق الأمور ـ لا سيما فى الوقت الحاضر ـ تكذب ذلك ، فقد تداخلت الأفكار الثلاث الى حد كبير ،

بحيث أصبح الأمـر الواحـد بوصـف بوصـفين مختـلفين أو على الأقل يتردد المرء طويلا قبل أن ينعته بوصفه الصحيح • ولا غرابة فى ذلك ، فهذه الأفكار والنظريات هى من خلق القضاء،وأول صفات القضاء المرونة • ومن ناحية أخرى فان الأفكار الاشـتراكية التى غدت الطابع المميز للدولة الحديثة ، قد غيرت الى حد كبير من الأفكار القانونية الأساسية فى مجال القانون العام ، بل وفى نطاق القانون الخاص ذاته •

ويكفى أن نشير من الآن الى أن الأفكار الثلاث السابقة كان يقوم التميز بينها على أسـاس التفرقة بين المخاطر الادارية والمخاطر الاقتصادية • ولقد غدت هذه التفرقة غير ذات موضوع فى الوقت الحاضر ، نظرا لهيمنة الادارة شبه التـامة على الظروف الاقتصادية وشروط العمـل والانتاج ، بحيث أصـبحت الادارة وراء المخاطر الاقتصادية فى معظم الحالات • وهـذا هو السر الحقيقى لما سـوف نعرض له من تطور فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى • وقـد يحس غير المتعمق فى الأمور بتضارب القضـاء وتردده ، ولكن هذا الشك يزول متى أرجعت الحلول القضائية الى أسبابها الحقيقية ، مع عدم اغفال الطـابع العملى لقضـأء مجلس الدولة الفرنسى والذى ألمعنا اليه فيما سلف •

ومع التسليم بالملاحظة السابقة ، فانه من الأفيد للعرض العلمى ، أن ندرس النظريات السابقة وفقا للترتيب المتقدم ، ثم نعقد مقارنة مركزة بينها •

نظرية عمل الأمير[1]
«Le fait du prince»

١ ـ هذه النظرية قديمة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، وهى من خلق هذا المجلس ، وبالتالى فلم يعرفها القضاء المصرى قبل انشاء

(١) راجع رسالة الدكتور ثروت بدوى بهذا العنوان ، وهى بالفرنسية ، طبعة سنة ١٩٥٥ وقد سبقت الاشارة اليها •

مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، لأن هذا القضاء - كما ذكرنا - مقيد بالقواعد المدنية • وبالرغم من انتشار هذه الفكرة وتداولها فى القضاء الادارى وفى كتب الفقهاء ، فانها ما تزال غير واضحة الحدود ، وأحيانا يقع الخلط بينها وبين نظرية الظروف الطارئة ، للأسباب التى سبق أن أشرنا اليها • وكثيرا ما أشار الفقهاء الى تطور فكرة عمل الأمير والى مرونتها[1] •

ويمكن أن نعرف عمل الأمير بصفة عامة بأنه عمل يصدر من سلطة عامة ، دون خطأ من جانبها ، ينجم عنه تسوىء مركز المتعاقد فى عقد ادارى ، ويؤدى الى التزام جهة الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التى تلحقه من جراء ذلك ، بما يعيد التوازن المالى للعقد[2] .

٢ - وتأخذ محكمة القضاء الادارى بتعريف مقارب ، فهى تقول فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الاشارة اليه) « •• ان المقصود بعبارة « فعل الأمير » هو كل اجراء تتخذه السلطات العامة ، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الادارة أو فى الالتزامات التى ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامة « المخاطر الادارية » وهذه الاجراءات التى تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الادارية التى أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردى خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة » •

---

(١) من أقدم من لاحظ ذلك ، العميد هوريو ، فقد ورد فى تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩١٠ فى قضية «Comp. gén. fr. de tramways» والمنشور فى مجموعة سيرى سنة ١٩١١ ، القسم الثالث ص١ قوله :
«La catégorie du fait du prince est peutêtre une des catégories juridique provisoires, dans les quelles on range tout d'abord des cas quisurprennent parce qu'ils font exception à des idees reçues; puis plus tard, on s'aperçoit que ces cas sont disparates. et qu'il vaudrait peut-être mieux les étudier chacun dans leur particuliers».

(٢) يعرفه الأستاذ فالين فى مطوله فى القانون الادارى ، الطبعة السادسة ، بقوله :
«On appelle fait du Prince, un acte de l'autorité publique aggravant, sans faut, la situation d'un co-contractant d'une collectivité publique».

وعرفتها الجمعية العمومية للقسم الاستشارى فى فتواها الصادرة فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (س ١٩ ، ص ٥١) بأنها « صدور اجراء خاص أو عام من جانب جهة الادارة المتعاقدة ، لم يكن متوقعا وقت التعاقد ، يترتب عليه الحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسهم هذا الاجراء » . كما أن المحكمة الادارية العليا تشير الى ذات النظرية فى حكمها الصادر فى ١٩٦٨/٥/١١ (مجموعة المبادىء المؤقتة ص ٦٦) حيث تؤكد أن تدخل القضاء الادارى لتحقيق التوازن المالى للعقد الادارى تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناطة توافر شروط هذه النظرية ، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة .

٣ — ويستعمل الفقه ومعظم أحكام مجلس الدولة المصرى ، تسمية « عمل الأمير » أو « فعل الأمير » وهى المقابل الحرفى للاصطلاح الفرنسى . ولكننا وجدنا حكمين قديمين نسبيا لمحكمة القضاء الادارى ، عدلت فيهما عن تلك التسمية واستبدلت بها تسمية « عمل الحاكم » فقد جاء فى حكمها الصادر فى ٢ يونية سنة ١٩٥٣[1] قولها : « ... وعقود الالتزام لا تستجيب للتعديل الا اذا تعرضت لاختلال مالى نتيجة لاستهداف الملتزم فيها لمخاطر اقتصادية (L'aléa économique) أو لمخاطر ادارية (L'aléa administratif) وهذه المخاطر بنوعيها هى نطاق تطبيق نظريتى الظروف غير المتوقعة (Théorie de l'imprévision) وعمل الحاكم (Théoie du fait du prince) ونظرية عمل الحاكم تستلزم صدور اجراءات عامة من جانب السلطة العامة .. »[2] .

ولقد سبق لنا انتقاد هذه التسمية الجديدة[3] ، لأن التسمية الأولى مستقرة فى الفقه ، وتقابل حرفيا الاصطلاح الفرنسى الذى

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السابعة ، ص ١٣٩٧ .

(٢) وورد ذات الاصطلاح فى حكم المحكمة الصادر فى ١٦ يونية سنة ١٩٥٣ ، السنة السابعة ص ١٥٦٣ .

(٣) مؤلفنا « مبادىء القانون الادارى المصرى والمقارن » الطبعة الثانية سنة ١٩٥٧ ، ص ٤٧٢ الهامش ، والطبعة الأولى سنة ١٩٥٥ والطبعات التالية .

أخذنا عنه أحكام النظرية ، كما أن اصطلاح « الأمير » أقرب دلالة على المعنى المراد من اصطلاح « الحاكم » فضلا عن أنه جرى منذ القدم فى اصطلاحاتنا القانونية والشرعية • ولهذا لم نجد أثرا للتسمية الجديدة فى أحكام المجلس فى الوقت الحاضر • كما أن المحكمة الادارية العليا — كما سنرى — تجرى على استعمال اصطلاح « فعل الأمير » •

٤ — وفيما يلى نعرض أولا لتحديد المقصود بعمل الأمير ، ثم نذكر ما يترتب عليه من نتائج •

المطلب الأول

تحديد عمل الأمير

١ — لكى تطبق نظرية عمل الأمير ، يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

أولا : يجب أن يكون ثمة عقد من العقود الادارية بمعناها المتفق عليه ، والذى حددناه فى القسم الأول من هذا المؤلف • فنظرية عمل الأمير هى الأفكار الادارية التى لا مقابل لها فى القانون الخاص • ولهذا فلا محل لتطبيق نظرية عمل الأمير الا بصدد منازعة تتعلق بعقد ادارى • وبالرغم من حداثة اختصاص محكمة القضاء الادارى المصرية فى مجال العقود الادارية ، فانها قد أبرزت هذا الشرط أكثر من مرة ، فهى فى حكمها الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٥٧ مثلا تقول : « متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية ، فان طلب التعويض عن الأضرار التى تترتب على التشريع الجديد استنادا الى نظرية « عمل الأمير » يكون على غير أساس سليم من القانون ، اذ من المقرر أن المسئولية التى ترتب التعويض فى نطاق نظرية « أعمال الأمير » لا تقوم الا فى حالة ما اذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد ، بأن زاد فى الأعباء التى يتحملها

في تنفيـذ التزاماته بمقتضى العقد ، وأن تؤدى هـذه الزيادة فى الأعباء المالية الى الاخلال بالتوازن المالى للعقد »[١] ٠

ثانيا : أن يكون العمل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة ، فعمل الأمير ــ كما يدل عليه اسمه ــ يفترض صدور عمل أو تصرف من سلطة عامة ، يكون من شأنه أن يلحق ضررا بالمتعاقد ٠ وسـوف نرجىء الدراسة التفصيلية لكنه هذا العمل ولصوره مؤقتا ، لأن هذا العمل هو جـوهر النظرية ، ونكتفى بأن نوضح فى هذا المقـام أن قضاء مجلس الدولة الفـرنسى يجـرى فى الوقت الحاضر على قصر تطبيق نظرية « عمل الأمير » على الأعمال التى تصدر من جهة الادارة المتعاقدة وحدها ، وتطبيق نظرية الظروف الطارئة على ما عداها ٠

وهذا الشرط لم يحـدده مجـلس الدولة الفـرنسى الا فى وقت حديث نسبيا ٠ ومن أهم أحكامه فى هذا الصدد ، حكمه الصادر فى ٤ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضـية «Ville de Toulon» [٢] وفى ١٥ يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville d'Elbeuf» [٣] ٠

ويفترض هـذا الشرط التسليم بوجود اشـخاص معنوية عامة بجوار الدولة ٠ والأشخاص المعنـوية العامة المعروفة هى الدولة ،

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ص ٢٣٩ ٠ كما أنها تؤكد ذات المبدأ فى حكمها الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، ذات المجموعة ص ٧٦ حيث تقول : « ومن حيث أنه لا محل لبحث ما أثاره المدعى بشأن تطبيق أحكام نظريتى الظروف الطارئة وعمل الأمير ، اذ أن ذلك يفترض استناد التعويض الى عقد ادارى تأسيسا على المخاطر الادارية ، وقد بان مما تقدم أن سند الدعوى ــ من حيث الوجه الذى يرتب ولاية هذه المحكمة بالفصل فيها ــ يخرج من مجالات العقد الادارى ، ولا يدخل الا فى نطاق تعويض مقدم من أحد الأفراد عن قرارات ادارية نهائية ٠ ومن حيث أنه لما تقـدم ينتفى ركن الخطأ الموجب للمسئولية ٠٠٠ » ٠

(٢) المجموعة ص ١٩٧ ويتعلق بأثر بعض التصرفات التى أجرتها الدولة وأثرت على عقد ادارى أبرمته مدينة مع أحد الأفراد ٠ يقول المجلس فى هذا الحكم :

«Il est constant que les mesures d'obscurcissement dont la Société du gaz et l'électricité du Sud-Est fait état et qui ont entrainé une diminution de ses recettes n'ont pas été le fait de la ville de Toulon, mais ont, été ordonné par l'autorité militaire durant les hostilités ; ainsi la diminution des recetts est uniquement due à des circonstances exceptionnelles, independantes du fait des parities».

(٣) المجموعة ص ٣٥٨ ٠

والمحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى والهيئات العامة[1] • فاذا ما تعاقد شخص من أشخاص القانون العام هذه ، فيجب أن يصدر عمل الأمير منه ، أما اذا صدر من شخص معنوى آخر ، فحينئذ تطبق نظرية الظروف الطارئة •

ثالثا : يجب أن يترتب على عمل الأمير ضرر للمتعاقد • ولا يشترط هنا درجة معينة من الجسامة فى الضرر ، فقد يكون هذا الضرر جسيما أو يسيرا ، وقد يتمثل فى ضرر فعلى يصيب المتعاقد ، وقد يكون مجرد انقاص فى الربح الذى عول عليه ، وكل ما يتطلبه مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد هو حدوث اختلال فى التوازن المالى للعقد بالمعنى الذى حددناه فيما سبق • وبهذا الشرط يتميز « عمل الأمير » عن نظرية الظروف الطارئه كما سنرى •

رابعا : يفترض « عمل الأمير » أن الادارة المتعاقدة لم تخطىء حين اتخذت عملها الضار • ذلك أن التزام الادارة بمقتضى العقد ، لا يمكن أن يقيد تصرفاتها كسلطة عالة تستهدف تحقيق الصالح العام • فاذا ما تصرفت جهة الادارة المتعاقدة ، فى حدود سلطاتها ، وترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد ، فان الادارة تسأل فى نطاق نظرية عمل الأمير بصرف النظر عن قيام خطأ فى جانبها ، ذلك أن المسئولية فى نطاق تلك النظرية ، وان كانت مسئولية عقدية ، الا أنها مسئولية عقدية بلا خطأ «responsabilité contractuelle sans faute» أما اذا انطوى تصرف الادارة على خطأ ، فانها تسأل على أساس هذا الخطأ •

خامسا : يجب أن يكون الاجراء الصادر من الادارة غير متوقع «Imprévisilité du fait dommageable» وتشارك نظرية عمل الأمير

---

(١) ونترك جانبا المشكلة التى تثار فى الوقت الحاضر حول أشخاص القانون العام الجديدة كالنقابات المهنية ، كنقابات المحامين والمهندسين ، والأطباء •• الخ والهيئات ذات الشخصية المعنوية التى تشرف على بعض نواحى الانتاج كمكاتب القمح والصفيح ••• الخ والتى يذهب مجلس الدولة فى فرنسا الى اعتبارها من أشخاص القانون العام دون أن يقطع فيما اذا كانت تعتبر من قبيل المؤسسات العامة • وقد عرضنا لهذه المشكلة فى القسم الأول من هذا المؤلف •

فى هذا الشرط نظريتا الظروف الطارئة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة ٠ فاذا توقع العقد الاجراء ، فان أحكام نظرية عمل الأمير تستبعد ، وتطبق النصوص التعاقدية ، ويكون الأمر أمر تفسير لهذه النصوص ٠ وقد أبرزت محكمة القضاء الادارى المصرية هذا الشرط بوضوح فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) حيث تقول : « ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الاجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد ، فاذا ما توقعته نصوص العقد ، فان المتعاقد مع الادارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذى يترتب عليه تعذر الاستناد الى نظرية « فعل الأمير »[1] ٠ وهو ما أكدته المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٩٦٩/١/١١ (مجموعة المبادىء ص ١٨٧٥) حيث تعلن أن نظرية فعل الأمير « انما يلجأ اليها فى حالة طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت ابرام العقد ٠٠٠ » وفى الموضوع رفضت اقرار النظرية لأن زيادة الرسوم الجمركية والضرائب وأجور النقل أو نقصها كان متوقعا عند ابرام العقد ونص عليه فى الشروط العامة ٠

وشرط عدم توقع الاجراء واضح ولا خلاف عليه فيما يتعلق بالاجراءات العامة ٠ ولكن عمل الأمير يغطى الاجراءات الخاصة التى تصدر من الادارة وتؤدى الى تعديل شروط العقد . ونحن نعلم من ناحية أخرى أن للادارة الحق فى تعديل شروط العقد دون حاجة لرضاء المتعاقد حتى ولو لم ينص على هذا الحق فى العقد ٠ فكيف يمكن القول بأن المتعاقد فى هذه الحالة لم يتوقع التعديل ؟ الرأى هنا ، على أن شرط عدم التوقع لا ينصرف الى أصل الحق فى التعديل – لأن هذا الحق متوقع دائما ، ويفترض علم المتعاقد به – ولكنه

---

(١) وبهذا المعنى حكمها الصادر فى ١٦ يونية سنة ١٩٥٣ المجموعة ، السنة السابعة ص ١٥٦٣ حيث يقول : « أما أساس تطبيق نظرية أعمال الحاكم (الأمير) فهى أفعال تأتيها السلطة العامة ولم تكن متوقعة وقت التعاقد ، ويترتب عليها جعل تنفيذ التزامات المتعاقد مرهقا ٠٠٠ » ٠

(٢) ورأت المحكمة أن الشرطين الخامس والسادس غير متوافرين فى خصوصية الدعوى ٠ (وراجع من أحكامها الأخرى حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ، س ١٣ ، ص ٨٧٤ وفى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ ، س ١٧ ص ٥٧٦) ٠

ينصرف الى حدود التعديل ومداه ، فاذا نظم العقد كيفية اجراء التعديل وحدوده استبعدت النظرية ، أما اذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق فان النظرية تطبق[١] . كما أجملت المحكمة الادارية العليا شروط عمل الأمير فى حكمها الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ (السنة ٦ ص ١١٣٣) حيث تقول : — « اذا كانت العلاقة بين الطاعن والادارة هى عقد ادارى ، فان شروط نظرية « فعل الأمير » التى استند اليها الطاعن فى تقرير أحقيته فى التعويض ، غير متوافرة فى حالته ، ذلك أن شروطها هى :

١ — أن يكون ثمة عقد من العقود الادارية .

٢ — أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة .

٣ — أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا تشترط فيه درجة معينة من الجسامة .

٤ — افتراض أن الادارة المتعاقدة لم تخطىء حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ .

٥ — أن يكون الاجراء الصادر من الادارة غير متوقع .

٦ — أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسه القرار العام[٢] .

وواضح من هذا الحكم الأساسى ، أن المحكمة الادارية العليا قد أخذت بكافة الشروط التى أوردناها فيما سبق ، بل وبذات الترتيب ، وهو أول حكم للمحكمة فى هذا الصدد فيما نعلم .

٢ — بعد تحديد الشروط العامة التى تحكم نظرية عمل الأمير ، يتعين علينا أن ندرس بالتفصيل الصور التى يتقمصها هذا العمل .

(١) رسالة الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ١٢٩ ، والمراجع التى أشار اليها فى هامش هذه الصحيفة .

(٢) ورأت المحكمة أن الشرطين الخامس والسادس غير متوافرين فى خصوصية الدعوى . (وراجع من أحكامها الأخرى حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ س ١٣ ص ٨٧٤ وفى ١٧ يونية سنة ١٩٢٧ ، س ١٧ ص ٥٧٦) .

وبالرجوع الى التطبيقات القضائية ، يمكن أن ننظر الى عمل الأمير من ناحيتين :

الناحية الأولى : من حيث طبيعــة عمل الأمير فى ذاته • وهنــا نجد أن عمل الأمير قد يتخذ طابعا عاما أو خاصا •

والناحية الثانية : من حيث أثر عمل الأمير على العقد ، وفى هذا الخصوص قد يؤثر عمل الأمير تأثيرا مباشرا على شروط العقد ، وقد يؤثر على ظروف تنفيذه بما يجعلها أكثر مشقة على المتعاقد •

وفيما يلى نعرض للصــورتين السابقتين ، فندرس على التوالى عمــل الأمير الذى يصدر فى صــورة اجراء خاص ، ثم ذلك الذى تصدره الادارة فى شكل اجراء عام •

الفرع الأول

عمل الأمير فى صورة اجراء خاص

١ -§الاجراء الذى يؤدى الى تعــديل مباشر فى شروط العقــد

رأينا فيما ســبق ، أن للادارة الحــق فى أن تتدخل مباشرة ، بقرارات منها ، وأن تعدل فى التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو الزيادة • وسبق أن ذكرنا أن هذا الحق الخطير من جانب الادارة ، يقابله حق المتعاقد فى ضــمان التوازن المالى للعقد • ومن ثم فان نظرية عمــل الأمير تتمثل هنا فى أجلى صــورها • ولا خلاف بين الفقهاء ولا فى أحكام القضاء على ضرورة تعويض المتعاقد تعويضا كاملا «réparation intégrale» عما يلحقه من جراء تعديل شروط العقد •

وكل ذلك بشرط أن تحترم الادارة القيود التى شرحناها فيما يتعلق بحق التعديل • أما اذا خرجت الادارة على تلك القيود ، فان تصرفها ينطوى على خطأ تعــاقدى • ومن ثم فاننا نخرج من نطــاق نظرية عمــل الأمير ــ التى تقوم كما ذكرنا على غير أساس الخطأ ــ

الحالات التى تسأل فيها الادارة على أساس الخطأ مسئولية قد تؤدى الى فسخ العقد على حسابها ، مع تعويض المتعاقد تعويضا كاملا وفقا للتفصيلات السـابقة • ولا داعى للاطالة فى هذا الموضـوع ، فقد شرحناه بما فيه الكفاية فيما سبق •

٢ - § الاجراء الذى يؤثر على ظروف التنفيذ

١ - ويحدث أن يكون الاجراء الخاص الذى تتخذه جهة الادارة المتعاقدة ، غير مؤثر بطريق مباشر على شروط العقد ، ولكنه يؤدى الى تغيير فى ظروف تنفيذ العقد بما من شأنه أن يحمل المتعاقد أعباء جديـدة غير متوقعة عند التعاقد • وحينئذ يتعين تعويض المتعاقـد أيضا تعويضا كاملا على أساس التوازن المالى للعقد • ويدخل فى هذه الطائفة الاجراءات الآتية على سبيل المثال :

أولا : القرارات التى تصدر من جهة الادارة المتعاقدة الى المتعاقد معها بمقتضى سلطتها فى الرقابـة والتوجيه ، ولكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة •

ثانيا : بعض اجراءات البوليس التى تصـدر من جهـة الادارة المتعاقدة ، والتى تؤدى الى زيادة أعباء المتعاقد ، كالأمر الصادر من جهة الادارة - باعتبارها سلطة بوليس - الى الشركة المتعاقدة بنقل أسـلاك الكـهرباء الى مكان آخـر لدواعى المحـافظة على سـلامة المواطنين[١] •

ثالثا : قيام الادارة بأشـغال عامة تسـبب للمتعاقد أضرارا فى

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ فى قضية (Sté. Energie électrique de la Basse-Loire)

ومع ذلك فان مجلس الدولة الفرنسى قد رفض التعـويض فى بعض الحـالات استنادا الى اعتبارات مختلفة ، راجع فى التفاصيل رسالة الدكتور ثروت بدوى المرجع السـابق ، ص ١٦٧ وما بعـدها • وراجع مطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، هامش ص ٥٨ •

تنفيذ العقد ، فهنا يستحق المتعاقد تعويضا على أســاس نظرية عمل الأمير اذا أهمل العقد تنظيم هذا الموضوع[١] .

على أن مجلس الدولـة الفرنسى يطبق شروط العقـد اذا تولت تنظيم هذا الموضوع سـواء بتحديد مقدار التعويض ، أو بتقييده أو باستبعاده[٢] .

رابعا : قيام الادارة المتعاقدة بأعمال مادية من شأنها أن تزيد فى أعباء المتعاقد[٣] .

٢ ــ على أن الملاحظ أن ثمة حــالات يمكن أن تنــدرج فى هــذا المجال ، ومع ذلك لم يعوض عنها مجلس الدولة الفرنسى . ويمكن أن يمثل لها بالحالتين التاليتين :

أولا : تتعاقد الادارة فى بعض الحالات مع الأفراد على أساس أن تضع تحت تصرفهم المساجين أو المحجوزين فى سجن معين . فاذا حدث وســحبت الادارة بعض هؤلاء المساجين ، مما أنقص عددهم الى حد كبير ، فانه لا يحق للمتعاقد المطالبة بتعويض عن ذلك ، سواء أكان

---

(١) حكم المجلس فى ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ فى قضية (Cie généale des omnibus) مجموعة دالوز ســنة ١٩٠٧ ، القسم الثـالث ص ٩ مع تقرير المفوض (Saint - Pual) وحكمه فى ١١ مايو ســنة ١٩٠٦ فى قضية (Min. du Commerce) مجموعة سيرى سنة ١٩٠٦ ، القسم الثالث ص ١٤٥ ، مع تعليق هوريو .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ فى قضية (Ville de Paris) المجموعة ص ٢٩٢ ، وحكمه الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ فى قضـ (Sté. L'Energie industrielle) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٦ ص ٢١٥ مع تقرير المفوض (Déttou) وفى ٩ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية (Min .des T. P. G. E. D. F.) دالوز سنة ١٩٥٣ ص ٣٠٩ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٤٨ فى قضية (Ville d'Ajascie) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٤٨ ، ص ٦٠٣ ، حيث يقول المجلس :

«Qu'il ressort des du dossier ... que la Société a rencontré. des difficultés qui étaient imprévisibles de la conclusion du contrat ... que ces difficultés prevenaient, d'une part de l'exécution par la Ville d'installations nouvelles qui ont imposé à la Société un surcroit important de dépenses, sans contre — partie appréciable pour elle ... ».

مرجع هذا التصرف الى نقل المساجين من سجن الى آخر أو الى تعديل في قوانين العقوبات[١] .

ويسرى الحكم السابق على العقود التى تتناول المجندين ، اذا أنقص عددهم بفعل الادارة[٢] .

ويفسر الفقهاء مسلك مجلس الدولة الفرنسى فى هذا المجال ، بطبيعة تلك العقود ، فالمتعاقد فيها يعلم سلفا أن عدد المحبوسين أو الجنود قابل للزيادة أو النقص فى جميع الحالات ، وأن الادارة لا يمكن أن تضمن له عددا محددا ، ومن ثم فان العمل هنا يكون متوقعا مما يفقد النظرية شرطا أساسيا من شروط تطبيقها[٣] .

وأحيانا يشير مجلس الدولة الفرنسى ذاته الى هذا التبرير ، كما حدث فىحكمه الصادر فى٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١فى قضية «Durand et Poitevin» حيث يصف المجلس صراحة ترحيل بعض المساجين بأنه «ne constituait pas un événement imprévisible»

ثانيا : ولا يعوض مجلس الدولة الفرنسى أيضا على أساس عمل الأمير ، اذا كان الضرر الذى يطالب المتعاقد بتعويضه يرجع الى ارتفاع الأسعار نتيجة لتدخل الادارة فى السوق ولشرائها كميات كبيرة «achats massifs» من المواد أو البضائع موضوع التعاقد[٤] .

وقد يكون مرجع ارتفاع الأسعار أو أجور العمال الى تنفيذ الادارة لأعمال جديدة فى منطقة مجاورة للمنطقة التى يقوم المتعاقد

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣ أبريل سنة ١٩٠٣ فى قضية (Mistral) المجموعة ص ٣٠٥ وفى ١٤ يناير سنة ٩٢٠ فى قضية (Galby) المجموعة ص ٢٥ وفى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ فى قضية (Durand et Poitevin) المجموعة ص ٦١٧ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٧ فى قض(Dupuy et chantard)

(٣) مؤلف الفقيه دى لوبادير ، الجزء الثالث ص ٦١ حيث يقول :

«La non application de la théorie du fait du prince peut donc s'expliquer ici par l'absence de la condition d'imprévisibilité».

(٤) حكمه الصادر فى أول يونية سنة ١٩٢١ فى قضية (Gotié) المجموعة ص ٣٥٠ ، وفى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥١ فى قضية (Habre et Massari) مجلة القانون العام سنة ١٩٥٢ ص ٥٢٤ .

فيها بتنفيذ التزاماته ، وهنا أيضا يجرى مجلس الدولــة على عدم التعويض[١] .

ومن هذه الحالة أيضا أن تقوم الادارة بدفع أجور أو أسعار أعلا من تلك التى تعاقدت عليها فى اتفاقات أو عقود تبرمها بعد التعاقد الأول[٢] .

ولقد برر العميد هوريو رفض التعويض فى هذه الحالات على أساس أن فكرة عمل الأمير تفترض أن يصــدر العمل من الادارة كسلطة عامة . أما فى هذه الصورة فان الادارة تتدخل كأى متعاقد عادى[٣] . ولقــد أيد هــذا التبرير الدكتور ثروت بدوى فى رسالته المشــار اليها[٤] . أما الفقيــه دى لوبادير ، فانه يرى أن تبرير هوريو من شأنه أن يؤدى الى تضييق نطاق نظرية عمل الأمير دون مبرر بقصرها على الأضرار المترتبــة على أعمال السلطة دون التصرفات العادية . ومن ثم فقد التمس التبرير فى كون الأضرار التى تلحق المتعاقد غير مباشرة[٥] «La préjudice n'est pas direct» . واستند فى ذلك الى بعض أحكــام مجلس الدولــة الفرنسى التى أشــارت الى هــذا التبريــر صراحة[٦] .

ونحن نرجح هذا التبرير الأخير : فالحقيقة أن التمييز بين أعمال السلطة والتصرفات العــادية كان الأساس الذى يقوم عليه القانون

(١) حكم المجلس فى ١٩ مايو سنة ١٨٦٤ فى قضية (Jacquelot) المجموعة ص ٤٦٩ ، وفى ١٨ مارس سنة ١٩٧٥ فى قضية (ver Huguet) المجموعة ص ٢٨٣ .

(٢) حكم المجلس فى ٨ مارس سنة ١٩٠١ فى قضية (Prevet) مجموعة سيرى سنة ١٩٠١ القسم الثالث ص ٧٣ مع تعليق هوريو ، وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٠ فى قضية (Consort Feron) المجمــوعة ص ٣٧٥ ، وفى ١٣ فبراير ســنة ١٩٢٤ فى قضية (Grandchamp) المجموعة ص ١٧٧ .

(٣) كان ذلك مناسبة تعليقه على حكم (Prévet) المشــار اليه فى الهــامش السابق .

(٤) ص ١٨٢ من رسالته ، وقد أشار فى هامشها الى طــائفة من الفقهاء الذين أيدوا هوريو .

(٥) مطوله فى العقود ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ص ٦١ .

(٦) من ذلك حكم المجلس فى قضيتى (Grandchamp) و (Vve Huguet) المشار اليهما فيما سبق .

الادارى حتى مطلع هذا القرن • ولكنه هجر فى الوقت الحاضر لفساد الاعتبارات التى يقوم عليها ، كما ذكرنا فى بداية هذا المؤلف • ومن ثم فيجب هجره • هذا فضلا عن أن الادارة حينما تتعاقد ـ حتى فى نطاق العقود الادارية ـ كانت تعتبر أنها تقوم بتصرف عادى لا بعمل سلطة وفقا لتلك النظريـــة ، فيكون من التناقض الاستناد اليها فى هذا المجال • ولا شك أن فكرة الضرر غير المباشر كافية لتبرير الحلول التى قال بها المجلس فى هذا الخصوص •

ثم انه اذا كان المجلس قد رفض تطبيق نظرية عمل الأمير فى هذه الحالات ، فانه يطبق عليهـا نظرية الظروف الطارئة متى اسـتوفت شروطها كما سنرى عند دراستنا لهذه النظرية الأخيرة •

وفيما عدا تدخل الادارة مباشرة لتعديل شروط العقد ، فان أحكام القضـاء الادارى المصرى فى هذا المجـال نادرة • ولعل من أوائلها حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) فى ظروف تتلخص فيما يلى : تعاقدت «الهيئة العامة لشئون النقل المائى الداخلى » مع أحد المواطنين لتسيير خط ملاحى نهرى بين مصر القديمة والواسطى (الحرمان) مقابل اتاوة مقدارها ٤٣٠٠ جنيه • ثم قامت هيئة النقل البرى ـ بعد ذلك ـ بتســيير أتوبيس برى من القــاهرة الى حلوان فالصف • وســيرت محافظة القاهرة أتوبيسات نهرية بين القاهرة وحلوان • وترتب على ذلك كـله أن انخفضت مـوارد المـلتزم الذى طـالب بتخفيض الاتاوة ، « لأن الظروف السابقة أثرت على نشاطه وحملته بخسائر لم تكن فى الحسبان » •

قضت محكمة القضاء الادارى بتعديل قيمة الاتاوة ، وتخفيضها من ٤٣٠٠ جنية الى ٢٥٠٤ جنية اعتمادا على أن ما حدث يعتبر تعديلا لشروط العقــد • فلما وصل النزاع أمام المحكمة الادارية العليا ، فسرت قضاء محكمة القضـاء الادارى على أنه تطبيق لنظرية فعـل الأمير ، لأن الحكم ـ على حد قـول المحـكمة الادارية العليا ـ « وان

لم يفصح عن ذلك صراحة ، فقد أشار الى أن الجهة الادارية قامت بتعديل الترخيص للوفاء بحاجة المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة دون خطأ من جانبها ، وبناء على ذلك خفضت المحكمة الاتارة المتعاقد عليها ، تحقيقا للتوازن المالى للعقد » . واستطردت المحكمة الادارية العليا تقول فى حكمها المشار اليه ، ان من شروط نظرية « فعل الأمير » أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة . فاذا صدر هذا الفعل عن شخص معنوى عام غير الذى أبرم العقد ، تخلف أحد شروط فعل الأمير ، وامتنع بذلك تطبيق أحكامها . ولكن ذلك لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة اذا ما توافرات شروطها » . فكأن المحكمة الادارية العليا تسلم بأن الأفعال الضارة ، لو أنها صدرت من جهة الادارة المتعاقدة ، لتوافرت شروط تطبيق نظرية فعل أو عمل الأمير . ولكنها استبعدت تطبيقها ، لأن الافعال الضارة – وهى ذات طابع خاص – صدرت من جهات ادارية أخرى ، وبهذا تأخذ المحكمة بأحدث مواقف القضاء الادارى الفرنسى كما ذكرنا فيما سبق .

الفرع الثانى
عمل الأمير فى صورة اجراء عام

١ – ونقصد بالاجراء العام هنا ، صدور قوانين أو لوائح من جهة الادارة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقدة مع الادارة . فهل يجب تعويض المتعاقدة فى هذه الحالات عن الأضرار التى تناله من جراء هذه الاجراءات العامة ؟! لقد ذهب رأى مرجوح فى الفقه الى انكار تطبيق النظرية فى هذه الحالة ، ما دام المتعاقد غير مقصود بذاته بهذه الاجراءات العامة ، وأنها تنصب على جميع المواطنين . وهذا ما ذهب اليه المفوض لاتورنيرى فى تقريره الذى

قدمه الى مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Cie des scieries africaines» والتى صدر فيها حكم المجلس فى ٩ مارس سنة ١٩٢٨[1] . فهو يرى أن الاجراء العام، غير الموجه الى المتعاقد مباشرة ، لا يعوض عنه الا فى حالتين : الأولى أن ينص على ذلك صراحة فى العقد . والثانية أن يكون هذا الاجراء غير متوقع ، وحينئذ لا تطبق نظرية عمل الأمير ، ولكن تطبق نظرية الظروف الطارئة . ولكن هذا الرأى غير صحيح ، ولا يؤيده قضاء مجلس الدولة الفرنسى وان كانت تطبيقات نظرية عمل الأمير هنا أقل منها فى الحالات السابقة كما سنرى فيما بعد .

٢ ــ وبالرغم من أن التطبيقات الأصيلة لنظرية عمل الأمير تقوم على أساس الاجراءات الخاصة لا العامة ، فان صياغة بعض الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى يوحى ظاهرها بأن تطبيق النظرية يقتصر على صدور اجراءات عامة ، وهى الحالة التى تشكك فيها بعض الفقهاء،فى حين أن الحالة الأولى لا خلاف عليها فقها وقضاء!! ومن هذا القبيل حكمها الصادر فى ٢ يونية سنة ١٩٥٣ (س ٧ ، ص ١٣٩٧) والذى جاء فيه « ... ونظرية عمل الحاكم (الأمير) ... تستلزم صدور اجراءات عامة من جانب السلطات العامة .. » وحكمها الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ (س ٩ ، ص ٢٦٨) حيث تقول «...يشترط لقيام الحق فىالتعويض تأسيساً على نظرية عمل

---

(١) مجلة القانون العام سنة ١٩٢٨ ص ٣٢٦٠ وقد جاء فى تقرير المفوض :

«Quand cette mesure (generale) n'atteint que le contractant de FEst, quand elle est spéciale à ce dernier elle met en jue la théorie (du fait du prince). Quand au contraire la mesure a une portée generale, quand elle deborde de méttémént la situation special du cocontractant, quand elle englobe tout le territoire ou moins toute un catégotrie d'administrés, en principe la théorie ne reçoit pas d'application. Il n'en est autrement que dans deux cas d'une part quand le contral prévoit cette hypothèse et ouvre alors au cocontractant le droit à une indemnité ; d'autre part quand la circonstance était imprévisible et que le contrat est bouleversée. On revien alors par ce biais à la théorie de l'imprévision dont la théorie du fait du prince n'est plus qu'un cas particulier».

الأمير أن تصـــدر الحكومة تشريعا عاما جـديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص ... » .

وهذه الاحكام وأمثالها ، اذا أصابت فى توكيد تطبيق نظرية عمل الأمير فى حالة الاجراءات العامة ـ وفقا للرأى الراجح كمـا ذكرنا ـ فانه يعيبها أنها لا تتناول جميع تطبيقات النظرية . ولهـذا فان الأحكام الجديدة أدق صياغة ، لانها تعرف نظرية عمل الأمير تعريفا أقرب الى السلامة . ومن ذلك حكم محكمة القضاء الادارى الصـادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) والذى يقول : « ان المقصـود بعبارة « فعل الأمير » هو كل اجراء تتخـذه السلطات العـامة ، ويكون من شأنه زيادة الاعباء المالية للمتعـاقد مع الادارة ... وهذه الاجراءات التى تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الادارية التى أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قـرار فردى أو تكون بقواعد تنظيمية عامة » هـذا ولقد سبق أن أوردنا حكم المحكمة الادارية العليا الذى أجمل شروط تطبيق النظرية .

ومع ذلك فان معظم القضايا التى أثيرت فيها النظرية أمام مجلس الدولة المصرى تتعلق باجـراءات عامة كمـا سنرى ، وانتهى فيها المجلس الى تأكيد النظرية من حيث المبدأ ، ولكنه استبعدها موضوعيا لعدم توافر شروط تطبيقها .

٣ ـ وهنا أيضا ، قـد يؤدى الاجراء العام الصادر من السلطـة العامة ، اما الى تعديل مباشر فى شروط العقد ، واما الى التأثير فى ظروف التنفيذ الخارجيـة . ومن ثم فاننا ندرسـه وفقـا للترتيب السابق .

١ ـ § الاجراء العام يؤدى الى تعديل شروط العقد

قد يؤدى التشريع أو اللائحة الى تعديل مباشر فى شروط العقد ، اما بتعطيل بعض شروطه ، أو بتعديل فحواها أو بانهاء العقـد قبل الأوان . ويلاحظ كثرة هذه الاجراءات فى الوقت الحاضر ، نظـرا لازدياد الطابع الاشتراكى للدولة الحديثة كما ذكرنا .

وبصرف النظر عن مشروعية القوانين الصادرة فى هذه الخصوص[١] ، فانه من المتعين تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الأمير فى هذا المجال ·

ولقد طبق مجلس الدولة الفرنسى هذا المبدأ فى أحكامه القديمة والحديثة · ومن ذلك حكمه الصادر فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٩ فى قضية «Zeilabadine» [٢] والذى قضى بتعويض المتطوعين «Les engagée militaires» الذين ألغيت عقودهم نتيجة لصدور مرسوم يقضى بحل الفرق التى ينتمون اليها ·

ومن أحكامه الحديثة نسبيا حكمه الصادر فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٩ فى قضية «chemins de fer de l'Ouest»[٣] · وتتخلص ظروف هذه القضية فى أنه صدر فى فرنسا مرسوم بقانون فى ١٦ يوليو سنة ١٩٣٥ يقضى بخفض نفقات الدولة فى جميع الميادين بنسبة ١٠٪ · وقد أدى تطبيق هذا المرسوم بقانون على شركة سكك حديد الغرب الى تعديل الاتفاق الذى تم بينها وبين الدولة فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٩ ، والذى استردت الدولة بمقتضاه مرفق السكك الحديدية الذى كانت تتولاه فى مقابل مبالغ سنوية تؤديها الدولة الى الشركة · فلما تظلمت الشركة من خفض تلك الأقساط بنسبة ١٠٪ وفقا للمرسوم بقانون المشار اليه ، قضى المجلس فى حكمه السابق ، وفقا لتقرير المفوض «Josse» بتعويض الشركة تعويضا كاملا على أساس نظرية عمل الأمير ·

وقد قال المفوض «Josse» فى هذا الخصوص ، ان كون الأقساط التى التزمت الدولة بأدائها الى الشركة المدعية قد حددت بمقتضى

---

(١) راجع دراسة الدكتور ثروت بدوى لهذا الموضوع فى رسالته السابقة · ص ١٠٥ ، وما بعدها والمراجع التى أشار اليها ·

(٢) مجموعة سيرى سنة ١٩١٠ ، القسم الثالث ، ص ١ مع تعليق هوريو ·

(٣) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٤٠ ، ص ٥٨ مع تقرير المفوض «Josse» وتعليق الفقيه جيز ·

العقد ، لا يحول دون تطبيق المرسوم بقانون الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٣٥ والذى يقضى بخفض جميع نفقات الدولة بنسبة ١٠٪ ولكن يجب أن يبحث الأمر فى نطاق المبادىء التى تحكم تدخل الدولة كسلطة تشريعية فى مجال عقودها مع الأفراد . وهنا لا يمكن انكار حق الأفراد فى التعويض ما دام التشريع لم يتضمن حكما بعكس ذلك[١] . وهذا هو ما سجله مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه السابق حيث يقول :

«... L'annuité de rachat ne pourrait être reduite à une somme inférieure au montant desdites charges par l'effet du décret de 16 juillet 1935, sans que l'Etat fût tenu de verser à la Compagnie une indemnité compensatrice en vertu obligations contractuelles».

على أنه اذا نص القانون ذاته على كيفية التعويض فى هذه الحالات ، أو حتى منع التعويض ، فان مجلس الدولة الفرنسى يجرى على احترام التشريع ، نظرا الى أنه ينكر على نفسه حق رقابة دستورية القوانين ، كما هو الشأن بالنسبة الى سائر جهات القضاء فى فرنسا ، وبعكس ما هو مقرر فى مصر[٢] .

٢ - § الاجراء العام يعدل فى ظروف التنفيذ الخارجية

والفرض فى هذه الحالة ألا يمس الاجراء العام ، شرطا من شروط العقد ، بل يقتصر أثره على التأثير فى ظروف التنفيذ الخارجية بما يجعل التنفيذ أكثر مشقة على المتعاقد . وهنا يلاحظ الفقهاء أن الأصل فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ألا يعوض عن الأضرار التى يتحملها المتعاقد فى هذه الصورة الا فى أضيق الحدود ، بحيث يمكن القول أن القاعدة هى رفض التعويض ، والاستثناء هو الحكم به .

---

(١) «C'est la question de l'intervention de l'Etat législateur dans un contrat passé par l'Etat qui se pose alors et l'indemnité ne peut être déniée que si le texté ayant valeur législative en exclut lui-même la possibilité ... La covention doit être interprétée comme obligeant l'Etat à compenser toute charge nouvelle qu'il impose, à un titre quelconque, à la Compagnie».

(٢) حكمه الصادر فى ٦ يوليو سنة ١٩٥١ فى قضية «Min. de la Guerre» المجموعة ص ٣٩٦٠ ، وفى ١٨ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية «Dame Sobier» المجموعة ص ٤٢ وفى ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية «Sté Lesourre» المجموعة ص ٣٩٠ .

وكل ذلك على أساس نظرية عمل الأمير بطبيعة الحال ، لأن رفض التعويض على أساس عمل الأمير ، لا يعنى أنه لا يمكن المطالبة به على أساس آخر كما سنرى فيما بعد .

ومن ثم فاننا نعرض للحالات التى رفض فيها القضاء التعويض على أساس نظرية عمل الأمير ، ثم للحالات التى أقر فيها التعويض استثناء ، وأخيرا نناقش قضاء المجلس فى هذا الصدد .

أولا ـ الحالات التى رفض فيها التعويض

١ ـ وتجرى الصيغة التقليدية لمجلس الدولة الفرنسى فى هـذا الخصوص على النحو التالى : «وحيث أن نصوص القانون (أو اللائحة) ذات طابع عام ، وأن الضرر الذى نال المتعاقد من جرائها انما تحمله فى ذات الظروف الخاصة بسائر المواطنين ، ومن ثم فانه لا يستحق عنها تعويضـا الا اذا أدت الى قـلب اقتصـاديات العقـد رأسا على عقب ...»[1] .

ولقد اختلف الفقهاء فى تحديد مدلول هذه العبارة : هل تستبعد تطبيق نظرية عمل الأمير ؟! هذا ما انتهى اليه الدكتور ثروت بدوى فى رسالته السابقة . فهو يرى أن المجلس يجرى على رفض التعويض فى هـذه الحالات الا اذا أثبت المتعاقد أن ضررا خاصا قد لحق به «un préjudice spécial» وهو ما يوحى به ظاهرة العبارة التى يستعملها مجلس الدولة الفرنسى[2] .

ولقد تبنى هذا الرأى أيضا الأستاذ دى لوبادير[3] .

---

(١) «Les disposition de la loi (ou du règlement) du ... avaient un caractère général et les dépenses supplementairs qu'elles ont pu occassionner au requérant ont été supportées par lui dans les mêmes conditions que par tous les autres commerçants ou industriels que dans ces conditions elles n'auraient pu ouvrir au requérant un droit à indemnité que si elles avaient eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat».

(٢) رسالته السابقة ص ٢٠٧ وما بعدها .

(٣) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ص ٣٩ .

ويفسر هـذا الرأى العبارة الأخـيرة الواردة فى الفقـرة التى اقتبسناها من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، على أنها احالة الى نظرية الظروف الطارئة •

ولكن فريقا آخر من الفقهاء يفسر عبارات مجلس الدولة الفرنسى تفسيرا ينتهى الى اقرار نظرية عمل الأمير حتى فى هذه الصور ، ولكن بشروط أشد • فهم يرون أن عمومية الاجراءات الصادرة من السلطات العامة ، والتى لا تمس شروط العقد مباشرة ، لا يمكن أن تؤدى الى تطبيق نظرية عمل الأمير الا اذا أدت الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب • فى حين أنه يكفى فى الظروف العادية لتطبيق نظريـة عمل الأمير ، أن ينال المتعاقد ضرر أيا كانت درجته • ومن هـذا الرأى الفقيه بيكينو فى بحثه السابق[1] •

والخلاف بين الرأيين لا يقف عند مجرد الاعتبارات النظريـة ، ولكن له أثر عملى هام ، لأن الاختلاف فى أساس المسئولية يؤدى الى خلاف فى مقدار التعويض كما سنرى فيما بعد •

٢ ـ واذا تركنا هذا الخلاف مؤقتا ، وجدنا أن مجلس الدولـة الفرنسى قد رفض التعـويض على أساس عمـل الأمير فى الحـالات الآتية :

أولا : فى مجال الضرائب والرسوم «Les mesures fiscales» والتى تؤدى الى صعوبة التنفيذ • ومثال ذلك فرض ضرائب جديدة ذات طابع عام ، أو زيادتها «impôts généraux» على الانتاج ••[2] الخ •

---

(١) الملزمة رقم ٥١١ ، فقرة رقم ٣٦٨ ، حيث يقول :

«Le cocontractant de l'administration ne pourra pretendre à l'indemnité que si l'acte général (loi ou règlement) dont il pretend qu'il trouble l'exécution de son contrat en bouleversant complétement l'économie : La spécialité du préjudice decoule comme nous l'avons dit, de son enormité».

وبهذا المعنى أيضا تعليق الفقيه البيير ، منشور فى مجموعة سيرى سنة ١٩٣٦ ، القسم الثالث ص ٨١ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ يناير سنة ١٩٤٥ فى قضية (Sté anonyme Motobloc) المجموعة ص ٣٥ وفى ٥ أبريل سنة ١٩٤٤ فى قضية (Jourdn) المجموعة ص ٤٠٢ =

ثانيا : في مجـال الاجـراءات الاجتماعية «Les mesures sociales» كالتشريعات التي تسـتهدف تحسين أحوال العمل والعمال ، والتي يكون من شـأنها زيادة أعباء التنفيذ ، مثل التشريعات الخاصـة بزيادة الأجور ، أو بغلاء المعيشـة أو التأمين ضد اصـابة العمل أو منح أجازات بأجر للعمال ... الخ[1] .

ثالثا : في مجال التنظيمات الاقتصادية والمالية : «Les mesures économiques ou monétaires» ومثال ذلك التشريعات التي تصدر بتنظيم الاستيراد والتصـدير[2] ، وتلك التي تسمح بزيادة أجـور النقـل في السكك الحـديدية أو غيرها[3] ، وأخيرا التشريعات التي تصدر في شئون النقد[4] .

٣ – وبالرجوع الى الأحكام القليلة الصادرة من محكمة القضاء الادارى المصرية نلمس أن مجلس الدولة المصرى يلتزم ذات المسلك السابق ، وذلك واضح من الأمثلة الآتية :

أولا : رفضت محكمة القضاء الادارى في حكمها الصادر في ١٦ يونية سنة ١٩٥٣ أن تعوض الشركـة المدعية عن الأضرار التي

= وفي ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٦ في قضية (Etable. Bizouard) المجموعة ص ٤٣٢ ، ٩ مايو سنة ١٩٤٧ في قضية (Etabl. Paul Lapra) المجموعة ص ١٨٣ ، وفي ١٧ يوليو سنة ١٩٤٠ في قضية (Chouard) المجموعة ص ٤٤٤ .

(١) حكم المجلس الصادر في ١٠ يناير سنة ١٩٠٨ في قضية (Moiré et Beyssac) المجموعة ص ٢٠ مع تعليق المفوض (Tardieu) وفي ١٤ فبراير سـنة ١٩٣٦ ، في قضية (Ville de Paris) مجموعة سيرى سنة ١٩٣٦ القسم الثالث ص ٨١ مع تعليق البيير ، وفي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ في ١٩٤١ في قضية Hospice de Vannes المجموعة ص ٢٤٤ وفي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ في قضية (Chabrat) المجموعة ص ٩٩٦ وفي أول فبراير سنة ١٩٣٩ في قضية (Léostic) المجموعة ص ٥٣ .

(٢) حكمه في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٨ في قضـية (Guillet) المجموعة ص ١٣٢١ .

(٣) حكمه في ١٣ فبراير سنة ١٩٢٤ في قضية (Grandchamp) المجموعة ص ١٧٧ وفي ٦ أغسطس سنة ١٩٢٤ في قضية (Mayer) وفي ٦ مارس سنة ١٩٣٠ في قضية (Roturier) .

(٤) حكمه الصادر في ١٠ فبراير سنة ١٩٤٣ في قضـية (Aurran) المجموعة ص ٣٦ .

لحقتها من جراء فرض رسم بلدى على انتاج الكهرباء ، وبررت رفضها بما يلى : « ومن حيث ان فرض الرسم الذى تضمنه القرار المطعون فيه كان متوقعا وقت التعاقد بمقتضى البند ١٧ من عقد الامتياز فضلا عن أنه لم يجاوز الحد العادل المعقول ولم يتضمن أى تمييز فى التكليف بين المنطوين تحت أحكامه ، وأن هذا الرسم وما تقول به الشركة من زيادة فى سعر التكلفة ونقص فى الاستهلاك لم يؤد الى ارهاقها فى التزاماتها والى الاختلال المالى للعقد ، وكل ما يحتمل أن يكون قد ترتب عليه ، ان صح دفاع الشركة فى هذا الصدد ، أن أرباحها المتزايدة قد تناقصت ... ولكن هذا النقص لم يصل الى المساس بالربح المعقول الذى كان متوقعا عند التعاقد ... »[1] .

ثانيا : فى حكمها الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٥٤ تقرر « ... اذا كان التعاقد قد تم بين المدعى ومصلحة المستشفيات الجامعية فى ظل حكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الخاص بقمع الغش والتدليس الصادرة بتنفيذه قرار وزير التجارة والصناعة رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٣ وفى ظل أحكام القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ ، فاذا استعمل وزير الصحة الرخصة المخولة له بمقتضى القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ وأصدر قرارا بالمواصفات الخاصة بالألبان ومنتجاتها ، وجب على المدعى توريد اللبن طبقا لهذه المواصفات ، ولو كان القرار الصادر بهذه المواصفات قد صدر بعد تعاقدة ،وكانت النسب المحددة به للدسم والمواد الصلبة مرتفعة عما تعاقد عليه ، وذلك لأنه كان يعلم عند تعاقده أن هذه النسب عرضة للتعديل بما لوزير الصحة من حق فى تحديد هذه المواصفات بمقتضى القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ ،

---

(١) المجموعة ، السنة السابعة ص ١٥٧٨ ، ويلاحظ أن المحكمة قد رفضت نظرية الظروف الطارئة لعدم توافر شروطها . ولكن فى رفضها لنظرية عمل الأمير قالت : (ص ١٥٧٧) « وأساس تطبيق النظرية الثانية أفعال تأتيها السلطة العامة ولم تكن متوقعة وقت التعاقد ويترتب عليها جعل تنفيذ التزامات المتعاقد مرهقا بما يترتب عليه خسارة جسيمة » وهذا القيد غير صحيح على اطلاقه فى نظرية عمل الأمير ، اذ يكفى فى هذه النظرية أى ضرر ولو كان مجرد انقاص الربح كما سنرى ، مع ملاحظة أن رأى الفقيه بيكينو والذى أشرنا اليه بالنسبة لحالات معينة ، هو رأى مرجوح فى نظرنا .

ولا يكون له من حق وهذه ملابسات تعاقده فى طلب الحكم بانفساخ عقد ٢٨ يونية سنة ١٩٥٢ . ولا يجديه القول بأن فى توريد اللبن طبقا للمواصفات المعدلة ما يؤدى الى ارهاقه بحجة أنه اتفق مع صغار المنتجين على تموينه بالألبان التى تعاقد على توريدها وألبان مواشيهم لا تنتج النسب التى حددها القرار سالف الذكر ، لا يجديه ذلك لأن من مقتضى هذا القرار أنه يحظر على أى شخص كان من صغار المنتجين بيع اللبن أو عرضه أو حيازته بقصد البيع ما لم تتوافر فيه المواصفات والنسب التى حددها القرار الوزارى ، والا اعتبر اللبن مغشوشا وعرض صاحبه للمحاكمة ، وهو وضع يؤدى بلا شك الى امتناع صغار المنتجين عن تموينه باللبن الا اذا كان متوافرا فيه النسب المحددة بالقرار الوزارى سالف الذكر ... »[1] .

والفقرات الأخيرة من هذا الحكم ــ بصرف النظر عن صدره ــ قاطعة فى ابراز سبب رفض التعويض ، وهو عدم خصوصية الضرر ، لأن الاعباء التى فرضها القرار الوزارى قد مست جميع المشتغلين بتجارة اللبن .

ثالثا : أفتى قسم الرأى مجتمعا فى ١٧ يولية سنة ١٩٥٤ بأن قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصرى بالنسبة للدولار يعتبر « حادثا استثنائيا عاما فى حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى . » ، أى أنه رفض اعتبار هذا الاجراء العام من قبيل عمل الأمير ، وطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة[2] ، وهو المسلك الذى يلتزمه مجلس الدولة الفرنسى فى الوقت الحاضر كما رأينا .

وفى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى الصادرة فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (س ١٩ ، ص ٥١) رفضت أن تعوض « الشركة

---

(١) السنة الثامنة ، ص ٨٨٠ .

(٢) فتوى قسم الرأى مجتمعا رقم ٣٦٠ الصادرة فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٥ ، مجموعة فتاوى المجلس السنة الثامنة ونصف التاسعة ، ص ٤٦ . وسوف نعود الى هذه الفتوى مرة أخرى فيما بعد .

الفنية للأعمال » عن فروق الأسعار الخاصة بمهمات مطلوب استيرادها بسبب حرب سنة ١٩٥٦ ، وعمولة شركة مصر للتجارة الخارجية ، وعلاوة حساب التصدير ، ورسم أخصائي جمركى ورسم بحرى ، لأن جميع هذه المبالغ لا ترجع الى تدخل مباشر من جهة الادارة المتعاقدة (الادارة العامة للمياه بوزارة الاسكان والمرافق) ، وأنه « يشترط لاعمال هذه النظرية صدور اجراء خاص أو عام من جانب جهة الادارة المتعاقدة ، لم يكن متوقعا وقت التعاقد ، يترتب عليه الحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الاجراء . » وبالرغم من دقة تعريف الفتوى للنظرية ، وتحديد شروطها ، فانه قد يؤخذ عليها تبرير الرفض ، لأن « الادارة العامة للمياة بوزارة الاسكان والموافق » ليست من الأشخاص العامة المستقلة عن الدولة ، كالأشخاص الاقليمية أو المصلحية ، بل هى احدى ادارات وزارة الاسكان والمرافق ، ومن المسلمات أن الوزارات ليست لها الشخصية الاعتبارية ، بل تعبر كل منها عن شخصية الدولة فى نطاق تخصصها . ومن ثم فان الاجراءات الخاصة أو العامة التى تصدر عن وزارة من الوزارات تعتبر كأنها قد صدرت من الوزارة المتعاقدة ، فالوزارات وما يتفرع عنها من مصالح لا تعتبر « غيرا » فى صدد نظرية أعمال الأمير .

أما فى فتوى الجمعية الصادرة فى ١٠ فبراير سنة ١٩٦٥ (س ١٩ ، ص ٣٠٩) فقد رفضت الجمعية اعتبار القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ (الخاص بالتأمينات الاجتماعية) من قبيل الاجراءات العامة التى تؤدى الى تطبيق نظرية فعل الأمير ، لأنه وان حمل الشركات أعباء مالية ، فان الشركات المتعاقدة لا حق لها فى المطالبة بالتعويض عما لحقها من أضرار نتيجة لزيادة أعباء رب العمل عمن يستخدمهم من عمال المقاولات والتراحيل الموسميين لأنه « لم يصنف الأعباء على شركات المقاولات وحدها ، وانما حمل بها أرباب الأعمال جميعا على اختلاف مستوياتهم ، وتباين أنشطتهم . ومن ثم

لا يتوافر فى هذا القانون وصف عمل الأمير بمعناه السابق ، لأنه لم يلحق بهذه الشركات ضررا خاصا » .

ثانيا : الحالات الاستثنائية التى قبل فيها المجلس التعويض :

١ ـ هناك حالتان لا تثيران صعوبة ما : وهما حالة النص على التعويض فى القانون (أو الاجراء العام) أو العقد ، وحينئذ يطبق المجلس هذه النصوص باعتبارها تعبيرا عن ارادة المشرع أو المتعاقدين .

ولكن مجلس الدولة الفرنسى لم يقف عند هاتين الحالتين ، بل منح التعويض فى حالات استثنائية على أساس نظرية عمل الأمير . وهنا نصل الى أدق تطبيقات النظرية ، نظرا لعدم وجود معيار قاطع يجمع عليه الفقه والقضاء ونظرا لروح مجلس الدولة الفرنسى العملية والتى لا تتقيد بالاعتبارات النظرية وتفحص كل حالة وفقا لظروفها كما ذكرنا . والغريب أنه اذا ذكرت نظرية عمل الأمير انصرف الذهن فى مصر ، الى هذه الحالات ، وهو المعنى الذى توحى به معظم أحكام مجلس الدولة المصرى كما ذكرنا . فعلى أى أساس يعوض مجلس الدولة الفرنسى عن الاجراءات العامة والتى لا تؤثر فى شروط العقد مباشرة ؟ .

٢ ـ ان أهم المعايير أو التوجيهات التى قدمها الفقهاء ، والتى تستشف من تقارير المفوضين وبعض أحكام مجلس الدولة ، تقوم على الاعتبارات الآتية :

أولا : أن يمس الاجراء العام موضوعا جوهريا كان له دوره الحاسم فى دفع الفرد الى التعاقد :[1]

«Une donnée dont on peut considérer qu'elle a été essentielle, determinante dans la conclusion du contrat, une donnée dont la prise en consideration a décidé le cocontractat à conclure le contrat».

(١) دافع عن هذه الفكرة الفقيه «Teissier» فى مؤلفه عن مسئولية السلطة العامة ، سنة ١٩٠٦ . ووردت فى بعض أحكام مجلس الدولة ، ومنها حكمه الصادر فى ٩ ابريل سنة ١٨٩٧ فى قضية «Gaz de Montluçon» المجموعة ص ٣٠٥ ، وفى =

ثانيا : فكرة الضرر الخـاص (Le préjudice spécial) : بمعنى أن مجلس الدولة الفرنسي لا يمكن أن يعوض عن الضرر المترتب على الاجراءات العامة الا اذا أثبت المتعاقد أن ضررا خاصا قد لحقه ، وأن هذا الضرر الخاص لايشاركه فيه سائر من يمسهم القـرار العام •
ولقـد دافع عن هـذه الفكرة الدكتور ثروت بـدوى فى رسـالته السابقة[1] ، وجعلها الشرط الوحيـد والكافى للتعويض فى هـذه الحالات حيث يقول :

«La notion du préjudice spécial constitue, à nos yeux, le seul critère que l'on puisse fournir pour expliquer un jurisprudence, en apparence contradictoire. C'est le seul qui puisse corriger le principe général d'irrésponsabilité que nous avons dégagé de l'ensemble de la jurisprudence».

ولقد سبق أن نادت محكمة القضاء الادارى المصرية بهذا المعيار فى حكمها الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ حيث تقول : « يشترط لقيام الحق فى التعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص • والضرر الخاص يتحقق اذا أصاب التشريع الجديد ـ على الرغم من عمومية نصوصه ـ المتعاقد وحده دون مجموع الشعب ، أو اذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصـاب مجموع الشعب[2] » كما أشارت اليها بعض فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى التى أوردناها فيما سبق •

واذا كانت فكرة الضرر الخاص ، هى فكرة موضوعية ، تثبت فى كل حالة على حدة ، فان العميد هوريو قد ذهب فى بعض تعليقاته الى أن الضرر الذى يصيب المتعاقد من جراء هذه الاجراءات العامة ، هو ضرر خاص باستمرار ، نظرا للرابطة التعـاقدية التى تربطه

= ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ فى قضية «Barby» المجموعة ص ١٠٠٤ وقد وردت الفكرة فى هذا الحكم على لسان المفوض روميو ورددها وراءه مجلس الدولة الفرنسى • وحكمه الصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩١٨ فى قضية «Degraeve» المجموعة ص ٥٢٧ ، وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية «Tanti» المجموعة ص ٩٤٠ •

(١) صفحة ٢٠٩ وما بعدها من الرسالة •

(٢) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة التاسعة ، ص ٢٦٨ •

بالسلطات العامة والتى تميزه عن سائر المضرورين من تلك التشريعات[١] •

والواقع أن تفسير هوريو ــ ولو أن القضاء لا يؤيده ــ هو وحده الذى يجعل للتعويض أساسا متميزا فى هذه الحالة ، ويلحقه بنظرية عمل الأمير ، كفكرة يقتصر تطبيقها على نطاق العقود الادارية • أما استبعاد تفسيره ، والاقتصار على فكرة « الضرر الخاص » بمعناها المطلق ، فيجعل المسئولية فى هذه الحالة تخضع للقواعد العامة فى المسئولية عن الأضرار التى تلحق الأفراد من جراء التشريعات ، سواء أكانت تربطهم بالادارة رابطة تعاقدية أم لا ، مما وضع مجلس الدولة الفرنسى أساسه فى حكمه المشهور فى قضية La Fleurette [٢] •

ولمواجهة هذا النقد جزئيا ، فان الفقيه دى لوبادير ــ دون أن يتابع رأى العميد هوريو على اطلاقه ــ قد ذهب الى أن فكرة خصوصية الضرر فى هذه الحالة ، يجب أن تؤخذ بمعنى واسع ، غير معنى الخصوصية فى حكم لافلوريت السابق ، والذى تقوم المسئولية فيه على أساس غير تعاقدى[٣] •

٣ ــ وبالرجوع الى أحكام مجلس الدولة الفرنسى ، نجد أنه قد عوض عن تلك الاجراءات على أساس نظرية عمل الأمير فى الحالات الآتية :

---

(١) تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Zeilabadine» والمنشور فى مجموعة سيرى سنة ١٩١٠ ، القسم الثالث ، ص ١ وقد جاء فيه قوله :

«Il (lepréjudice) serait toujours spécial en ce sens que la victime, par le contrat même, se trouvait placée vis-à - vis de l'administration dans une situation spéciale».

(٢) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « القضاء الادارى » فى أى من طبعاته المتعددة ، خصوصا الطبعة المطولة حيث ناقشنا هذا الموضوع تفصيليا • ومن ثم فاننا نكتفى بالاحالة الى دراستنا السابقة منعا للتكرار ، ويتعين الرجوع اليها لادراك النقد الذى واجهناه الى الفكرة فى المتن •

(٣) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٤٥ حيث يقول :

أولا ــ في مجال الرسوم والعوائد : رأينا فيما سبق أن مجلس الدولة الفرنسى يرفض تطبيق نظرية عمل الأمير بالنسبة الى الأضرار التى تترتب على انشاء ضرائب جديدة أو زيادة الضرائب القائمة متى كانت هذه الضرائب ذات طابع عام ·

ولكنه يجرى أيضا على تطبيق تلك النظرية والحكم بالتعويض اذا تعلق الأمر بضرائب محلية ، كالرسوم والعوائد التى تجبيها البلديات والتى يطلق عليها بالفرنسية اصطلاح (droits d'octroi) فاذا أنشأت احدى البلديات رسوما جديدة أو رفعت من فئة الرسوم المقررة من قبل ، وترتب على ذلك زيادة أسعار المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد ــ كالفحم مثلا فى حالة الالتزام بتوريد الكهرباء أو الغاز ، ومواد البناء فى حالة عقود الأشغال العامة ، والسلع المتعاقد على توريدها فى عقود التوريد ·· الخ ــ فان مجلس الدولة الفرنسى يقضى بالتعويض الكامل على أساس نظرية عمل الأمير ·

طبق مجلس الدولة المبدأ السابق فى حالة الرسوم التى تجبيها البلديات · (droits d'octroi)، وذلك بشرط أن تكون البلدية التى جبت العوائد الجديدة هى جهة الادارة المتعاقدة[1] · وأخذ بذات المبدأ فيما يتعلق بالرسوم الجمركية بالنسبة الى عقود الدولة (droit de douane) سواء بالنسبة الى انشاء تلك الرسوم لأول مرة أو زيادتها بعد التعاقد · وحكم المجلس الرئيسى فى هذا الصدد ، هو حكمه الصادر

---

(٢) حكم المبدأ فى هذا الخصوص ، هو حكم المجلس الصادر فى قضية «Bardy» فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ (وقد سبقت الاشارة اليه) حيث يقول « متابعا فى ذلك تقرير المفوض روميو » ·

«A l'époque où les requerants ont conclu un contrat pour l'éclairage de la ville par le gaz, le charbon, matière première essentielle de leur industrie, n'était frappé que d'un droit d'octoroi de 0,15 dès lors en l'absence de toute clause du marché visant l'hypothèse d'une modification des droits établis sur ce produit, les parties contractants doivent être reputées avoir tenu compte de l'etat de choses existani pour convenir des prix fixés ... Les requcrants ont du supporter un surcroit de charges qui provient du fait même de la ville et à raison duquel ils sont fondés à reclamer à titre de compensation une indemnité égale au montant des nouveaux droit evigiés».

ومن أحكامه الحديثة نسبيا حكمه الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Sté des combustibles» المجموعة ص ١٣٣ ، وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ فى قضية «Caisse de Compensation» المجموعة ص ٤٥٧ ·

في ٣١ مايو سنة ١٩١٨ في قضية (Degraeve) (وقد سبقت الاشـارة اليها) • ومما له دلالته في هذا الصدد ، أن الدولة كانت قد رفعت الرسـوم الجمركية بعد التعاقد على المواد الأولية اللازمة لتنفيـذ الأشغال العامة موضوع العقد • ولما طالب المتعاقد بالتعويض على أساس نظرية عمل الأمير ، ميز المجلس بين المواد التى كان يتعين على المتعاقد أن يستوردها من الخارج ، وبين تلك التى يمكنه الحصول عليها محليا • وعوض عن الأضرار الناجمة عن النوع الاول منها بقوله :

«Les prix en ce qui concerne ces matériaux ont été fixée en considération des droits de douane existants lors de la passation du marché».

والتزم المجلس ذات الحل بالنسبة الى ضرائب الدخولية (droits de péage) التى تجبيها السلطات العامة على المواد المنقولة أو على الأشخاص القادمين • وحكم المجلس الرئيسى فى هذا الصدد ، هو الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٠٤ فى قضية (Cie marseillaise de navigation) [1] •

ومعظم تطبيقات نظرية عمـل الأمير ــ كما يلاحظ الفقهـاء ــ توجد فى هذا المجال بصوره المختلفة •

ثانيا : فى مجال تنظيم الأسعار نتيجة للاقتصاد الموجة (Les mesures règlementaires d'économie dirigée) ومثال ذلك أن تـرفع جهة الادارة بقرارات منها الاسـعار السـائدة وقت التعاقـد عند ابرام عقود التوريد • والمثال التقليدى لهذا القضاء ، حكم المجلس الصادر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية : (Tanti; Vaudron et Brûlebois) ويمتاز هذا الحكم بأن مجلس الدولة الفرنسى قد طبق فيه نظـرية عمل الأمير بالرغم من أن قرار رفع السعر قد صـدر من غير جهـة الادارة المتعاقدة ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى لم يكن قد فرض هذا القيد بعد كشرط لتطبيق النظرية •

---

(١) المجموعة ص ٤٢٥ مع تقرير المفوض «Teissier» . •

(٢) المجموعة ص ٩٤٠ • ونحيل الى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى فى مصر بخصوص ادراج سلعة فى التسعيرة الجبرية على عقود التوريد المستمرة •

ثالثا : واذا كانت التطبيقــات التى أشرنا اليها فيما ســلف قد كشفت عن موقف ايجابى من السلطات العامة باتخاذ اجراء معين ، فانه يجب ألا يفهم من ذلك أن تطبيقات نظرية عمل الأمير مقصورة على تلك الحالات ، بل ان مجلس الدولة الفرنسى يطبق نظرية عمل الأمير اذا التزمت الادارة موقفــا ســلبيا ، بامتناعهــا عن تطبيق القوانين واللوائح التى يتعين تطبيقها اذا ترتب على هذا الامتناع فرض أعباء جــديدة على المتعاقد مع الادارة (La non application d'une mesure règlementaire) ويسرى الحكم من باب أولى على حالة ما اذا ألغت الادارة اجراء عاما كان يعول عليه المتعاقد عند ابرام العقد ·

ويطلق بعض الفقهاء على هذا الموقف السلبى من جانب الادارة تسمية جديدة هى « عمل الأمير السلبى (Le fait du prince negatif) »[1] ·

وقد ورد تطبيق فكرة عمل الأمير السلبى فى حكم المجلس الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية (Ville de Dieppe) [2] ·

المطلب الثانى

الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير

١ ــ يترتب على التسليم بنظــرية عمل الأمير نتيجة رئيســية هامة ، وهى منح المتعاقد المضار من جراء العمل الصادر من السلطات العامة ، تعويضــا كاملا · ولكن قد يتولد عن عمل الأمير بجانب هذه النتيجة الرئيسية ، نتائج أخرى فرعية منها :

(أ) تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ اذا ترتب على عمل الأمير استحالة التنفيذ ، كصدور تشريع يحرم الاستيراد بالنسبة الى سلعة لا يمكن الحصول عليها الا من الخارج ·

---

(١) بحث الأستاذ بينكو ، الملزمة رقم ٥١١ ، فقرة ٢٨٠ ·

(٢) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٢٥ ، ص ٦٥ مع تقرير المفوض «Rivet» وتتعلق بتقصير الادارة فى تنفيذ ما تقضى به اللوائح المحلية من تزويد المنــازل بالأدوات المعدنية التى تساعد متعهد جمع القاذورات (والمخالفات البرازية) وأثر ذلك على تنفيذ التزاماته ، مما حمله أعباء اضافية ·

(ب) حق الملتزم فى المطالبة بعــدم توقيع الغرامات المالية عن التأخير فى التنفيذ ، اذا ثبت أن عمل الأمير — ولو أنه لم يؤد الى استحالة التنفيذ — قــد جعله عسيرا مما يبرر التأخير فى التنفيذ .

(ج) وأخيرا فان من حق المتعاقد ، اذا ما ترتب على عمل الأمير أن زادت أعباؤه بدرجة كبيرة لا تحتملها امكانياته المالية أو الفنية ، أن يطالب بفسخ العقد .

ويستطيع المتعاقد — بطبيعة الحال — أن يجمع بين بعض النتائج الســابقة اذا تعددت الأسباب ، كالحصــول على التعويض الكــامل والفســخ أو الجمع بين التعويض الكامل وعــدم توقيع غرامــات التأخير ... الخ .

٢ — وفيما يلى نعرض لدراســة النتيجة الرئيسية المترتبة على فعل الأمير ونعنى بها مبدأ التعويض الكامل ، فنتناول أولا ، أساس التعويض ، ثم كيفية تقديره ومداه .

الفرع الأول

أساس التعويض

يتردد الفقه بين أساسين لتبرير التعويض فى حالة عمل الأمير :

الأساس الأول — وهو فكرة التوازن المالى للعقد (L'équilibre financier du contrat) ولقد سبق لنا أن شرحنا هذا الأساس ، ورأينا أنه الأســاس الذى يقول به معظم الفقهاء ، كما أن مجلس الدولة المصرى قد سلم به فى معــظم أحكامه وفتاويه . وعلى أساس هــذه الفكرة ، يتعين على الادارة أن تعيــد التواز المالى للعقــد كلما اختل التوازن نتيجة فعل الادارة .

الأساس الثانى — والأساس الثانى هو المسئولية التعـاقدية للادارة (La responsabilité contractuelle de l'administration) وقد نادى بهـذا الأساس من لم يسلم بفكرة التوازن المالى للعقد[1] ·

والواقـع — كما يلاحظ الأستاذ دى لوبادير[2] — أنه لا خـلاف بين الفكرتين ، فالمسئولية عن عمل الأمير هى مسئولية تعاقدية ، على أساس التوازن المالى للعقد : فالمسئولية فى هذا المجال هى مسئولية تعاقدية · وهذا يفسر اشتراط مجلس الدولة الفـرنسى فى الوقت الحاضر أن يكون عمل الأمير من فعل جهة الادارة المتعاقدة ، ورفضه التعويض على هذا الأساس اذا ما كان عمل الأمير من فعل سلطة عامة أخرى غير جهة الادارة المتعاقدة · وهذا ما يميز المسئولية فى حالة عمل الأمير عنها فى حالة الظروف الطارئة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة كما سنرى بعد قليل ·

ولكن مسئولية الادارة فى هـذه الحالة ، هى مسئولية تعـاقدية بلا خطأ (responsabilité contractuelle sans faute) ، لأن عمل الأمير يفترض أن الادارة لم تخطىء حين تصرفت ، والا قامت المسئوليـة على أساس آخر · وتصبح المسئولية فى هذه الحالة شبيهة بالمسئولية على أساس المخاطر : فأساس مسئولية المخاطر مساواة الأفـراد أمام التكاليف العامة (L'égalité des citoyens devant les charges publiques) وأساس المسئولية عن عمل الأمير ، هو التوازن المالى للعقد ·

ويجب أن نلاحظ أن فكرة المسئولية التعـاقدية بلا خطـأ ، هى فكرة غير منسجمة مع المبادى المسـلم بها فى القـانون الخاص ، لأن المسئولية التعـاقدية فى القـانون المدنى ، تفترض اخـلال أحـد المتعـاقدين بالتزاماته المتولدة عن العقـد ، فى حين أن عمل الأمير

---

(١) من هذا الرأى الدكتور ثروت بدوى وقد سبق أن ناقشنا رأيه فيما يتعلق بفكرة التوازن المالى للعقد ·

(٢) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٦٤ حيث يقول بخصوص الأساسين المشار اليهما فى المتن :

«A notre avis, ces deux explications sont exates; l'une et l'autre se completent respectivement».

لا يتضمن من جانب الادارة أى اخلال بالتزاماتها التعاقدية . ولهذا يذهب جانب من الفقه الى ارجاع فكرة التوازن المالى للعقد الى نية الطرفين المتعاقدين ، على أساس أن هذا التوازن المالى للعقد هو أمر مفترض (L'intention présumée des parties) وكثيرا ما أشار مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه — كما رأينا — الى هذه الفكرة . ولكن تعميمها ، وفرضها فى جميع الحالات ، ينطوى على قدر كبير من التعسف . ومن ثم فانه من الأسلم أن نسلم بفكرة التوازن المالى للعقد ، دون حيلة ارجاعها الى نية الطرفين ، باعتبارها من خصائص العقد الادارى . وهذا ما أشارت اليه محكمة القضاء الادارى المصرية أكثر من مرة . ومن ذلك قولها فى حكمها الصادرة فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧[١] « ... ومن هنا تختلف هذه النظرية (الظروف الطارئة) عن نظرية التوازن المالى للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالى للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الادارة فى تعديل العقد الادارى للمصلحة العامة باصلاح ما يحدث للعقد الذى هى طرف فيه ... » .

الفرع الثانى

كيفية تحديد التعويض ومداه

١ — يجب على الادارة أن تعوض المتعاقد تعويضا كاملا (indemnisation intègrale) اذا ما ثبت أن العمل الضار من قبيل « عمل الأمير » . والتعويض الكامل يشمل العنصرين الأساسيين لكل تعويض وهما : ما يلحق المتعاقد من خسارة (Le damnum emergens) بسبب عمل الأمير ، كالنفقات الاضافية نتيجة فرق السعر ، أو الرسوم الجديدة .. الخ والعنصر الثانى هو ما فاته من كسب (Lucrum cessans) ويشمل المبالغ المعقولة التى كان من حق المتعاقد أن يعول عليها لو لم يختل توازن العقد نتيجة لعمل الأمير .

---

(١) سبقت الاشارة اليه أكثر من مرة .

وقد تولت محكمة القضـــاء الادارى ابراز هذا المبدأ فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الاشارة اليه) حيث تقول : « ان القاعدة بالنسبة للتعويض على أســاس التوازن المالى للعقد ··· أنه اذا لم يكن مقداره متفقا عليه فى العقد ، فان جهة الادارة لاتملك أن تستقل بتقديره ، بل يقدره قاضى العقد اعتبارا بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة ، وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجا عن نطاق العقد،فلا تطبق عليه شروطه·ولتعبير «عدم التوقع» فى هذه الخصوصية معنى خاص بها هو أن التكاليف الزائدة التى تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة ، ما دام أنهــا ليست جــزءا من الاتفاق ، بمعنى أنه لا يقابلها فى شروط العقد أى تقدير · والمحكمة انما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة فى القانون الادارى فى هذا الشأن وهو يشــمل عنصرين : الأول ما لحــق المتعاقد من خسارة · ويتضمن هــذا العنصر المصروفات الفعلية التى أنفقها المتعاقد · وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه ، ومثال ذلك ما اذا طلبت الادارة سرعة انجاز الأعمال ، فان ذلك قــد يؤدى الى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة فى أجور الايدى العاملة · كما أنه من الجائز ان يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة ، وفى هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسارة ما دامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الاجراء الذى طلبت جهة الادارة من المتعاقد معها اتخاذه · والثانى : ما فات المتعاقد مع الادارة من كسب اعتبارا بأن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله · وبذلك يتميز التعويض على أســاس نظرية الظروف الطارئة والطارىء غير المتوقع فى أن الأول تعويض شامل وغير جزئى كما هو الشأن فى التعويض الثانى ·· » ·

٢ ـ ولكن الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسى يخرج أحيانا على مبدأ التعويض الشامل فى بعض الصور ، لأسباب مختلفة · ومما لاحظه الفقهاء فى هذا الصدد :

(أ) أن مجلس الدولة الفرنسى ــ وفقا لقضاء مستقر فى هــذا الصدد ــ يهمــل عنصر الكسب المتخلف فى بعض الصــور ، كما هو الشأن فى حالة انهاء الادارة لبعض العقــود نتيجة لظروف الحرب أو بسبب وقف القتال · فهنا يكتفى المجلس بتعويض الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقود دون اعتبــار للأرباح التى كان من شــأن المتعاقد أن يحققها لو لم يتم الفسخ[1] ·

(ب) ولا يحكم مجلس الدولة الفرنسى بتعويض كامل للمتعاقــد اذا كان قد ساهم بخطئه فى احداث بعض الاضرار المترتبة على عمل الأمير ، أو ساعد على زيادة تلك الأضرار · فحينئذ يستنزل المجلس من التعويض المقدار المناسب لخطأ المتعاقد · وهذه الحالة ــ كما هو واضح ــ مجرد تطبيق للقواعد العامة[2] ·

(جـ) هل يمكن للادارة أن تضــمن العقــد شرطا يتضمن عــدم مسئوليتها قبل المتعــاقد ؟ لا يتصــور من الناحية العملية أن يقبل متعاقد مثل هذا الشرط فيعرض نفسه لمخاطر لا حد لها · ولكن اذا حدث ذلك عملا فيجب فى هذه الحالة أن نميز بين حالتين :

الأولى : حالة الاعفاء المطلق من المسئولية : ويجمع الفقه الادارى على عدم مشروعية مثل هذا الشرط · (invalidité des clauses d'irresponsabilité) [3] · وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الاشارة اليه) حيث

---

(١) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٣ ينــاير سنة ١٩٥٢ فى قضــية «Secr. d'Etat C. Chambouvet» المجمــوعة ص ٥٠ · ويتعلق بانهاء الادارة لعقد من عقودها بسبب غزو الألمان لجنوب فرنسا ، وتسريح الجيش الفرنسى ·

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية «Tanti» وقد سبقت الاشارة اليها ·

(٣) جيز ، مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١١٠٤ حيث يقول :
«Serait nulle d'ordre public une clause générale d'irresponsabilité de l'administration pour les fautes qu'elle pourrait commettre».

وبنفس المعنى بحث الأســتاذ بيكينو ، الملزمة رقم ٥١٥ فقرة ٨٤ ، ومطــول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثانى · ص ٧٦ ·

تقول « من المقرر فى العقود الادارية أن جهة الادارة لا تملك أن تضع فيها نصا عاما بعدم مسئوليتها يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها ، لأن ذلك يتعارض مع المبادىء المقررة فى القانون الادارى من ثبوت حق المتعاقد مع الادارة فى التعويض طبقا للنظريات السائدة فى نظام العقود الادارية ومنها حقه فى التوازن المالى للعقد » • وتطبيقا لهذه القاعدة ، لا يمكن للادارة أن تضمن عقودها شرطا عاما يقضى باعفائها من جميع الأضرار المترتبة على أعمال الأمير[١] •

والثانية — شرط الاعفاء الذى ينصب على اجراء معين : وهذا الشرط مشروع ، فاذا توقع المتعاقدان اجراء بعينه من الاجراءات السابقة ، كفرض ضريبة معينة ، أو زيادة سعرها ••• الخ ونصا على تحمل المتعاقد لما يترتب عليها من آثار ، فان مثل هذا النص مشروع ، ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على التشدد فى تفسير مثل هذه الشروط المشروعة[٢] •

٣ — أما تقدير التعويض على الأسس السابقة فيتم وفقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الصدد وذلك ما لم ينص المشرع نفسه على كيفية التعويض أو يفصلها العقد ، وهو الأمر الغالب فى الوقت الحاضر •

وأحيانا يكون الأمر فى غاية من اليسر ، وذلك بالنسبة الى الأعباء التى تترتب على فرض رسوم جديدة أو زيادة الرسوم القديمة ، اذ يجرى المجلس فى هذه الحالات على الحكم للمتعاقد بالفرق بين سعر الضريبة القديم والجديد •

---

(١) وراجع أيضا حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٣٦) حيث تؤكد المحكمة عدم شرعية الشرط الذى تضمنه الادارة عقودها والخاص بحرمان المتعاقد من حق التمسك بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة ، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة العقود الادارية •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٦ يناير ١٩٢٤ فى قضية «Pigot» المجموعة ص ٥٣ وفى ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ فى قضية «Maurier» المجموعة ص ٣٤٠ •

المبحث الثانى

نظرية الظروف الطارئة

(Théorie de l'imprévision)

رأينا فيما سبق أن نظرية عمــل الأمير ، انما قيل بها لمواجهة المخاطر التى يتعرض لها المتعاقد نتيجة سلطات الادارة الخطيرة • ومن ثم فانها تؤمن المتعاقد ضد الأخطار التى تتسبب فيها الادارة : اما نتيجة لتعديلها مباشرة فى شروط العقد ، أو لأنها قد جعلت ظروف التنفيذ أشد قسوة وفقا للتفصيل السابق • ولكن ما العمل اذا تعرض المتعاقد لأضرار يرجع سببها الى ظروف ليست من صنع الادارة ؟ ! وما مصير تلك الأضرار التى يتحملها المتعاقد نتيجة فعل الادارة — أو السلطات العامة — فى الحالات التى لا تتوافر فيها شروط تطبيق نظرية عمل الأمير ؟ ! هل يترك المتعاقد وشأنه ، ولو أدى الأمر الى أفلاسه ، وعجزه عن تنفيذ التزاماته ؟ ! •

تلك هى الاحتمالات التى من أجلها خلق مجلس الدولة الفرنسى نظرية الظروف الطارئة ، والتى نعرض لدراستها على النحو التالى :

أولا : نشأة النظرية والتعريف بها •

ثانيا : شروط تطبيق النظرية •

ثالثا : ما يرتب عليها من آثار •

المطلب الأول

نشأة نظرية الظروف الطارئة والتعريف بها

١ — الأصل فى القواعد المدنيــة التقليدية ، أن العقــد شريعة المتعاقدين . ولا يعفى أحد المتعاقدين من التزاماته قبل الطرف الآخر الا القوة القاهرة ، وهى الحادث غير المتوقع ، الذى لا يمكن دفعه ، والذى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا • هذه القاعدة لم يمكن الأخذ بها على اطلاقها فى مجال العقود الادارة لا سيما عقد الامتياز : فقد

أنشأ مجلس الدولة الفرنسى — بين الحالة العادية التى يستطيع فيها المتعاقد أن يفى بالتزامه ، وبين القوة القاهرة التى يستحيل فيها تنفيذ الالتزام اطلاقا — مركزا وسطا ، يستطيع فيه الملتزم أن يفى بالتزامه ، لأن الوفاء بهذا الالتزام ممكن فى ذاته ، ولكن يناله منه ارهاق مالى شديد ، وذلك على النحو الآتى :

عقب نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعا فاحشا ، لدرجة أن وجدت شركة الاضاءة لمدينة بوردو أن الأسعار التى تتقاضاها أبعد كثيرا من أن تغطى نفقات الادارة · ولهذا تقدمت الشركة للسلطة مانحة الالتزام طالبة رفع تلك الأسعار · ولكن تلك السلطة رفضت ، وتمسكت بتنفيذ عقد الالتزام ، بناء على أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأن تنفيذ التزام الشركة لم يصبح مستحيلا ، لأن الفحم ، ولو أن أسعاره قد ارتفعت ، فانه موجود · وانتهى المطاف بالشركة والسلطات الادارية الى مجلس الدولة ، فاذا به يقرر مبدأ جديدا مستمدا من قاعدة دوام سير المرافق العامة : مقتضاه ، أنه اذا جدت ظروف لم تكن فى الحسبان ، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم الى حد الاخلال بتوازن العقد اخلالا جسيما فللملتزم الحق فى أن يطلب من الادارة — ولو مؤقتا — المساهمة الى حد ما فى الخسائر التى تلحق به[1] ·

٢ — وبالرغم من الخطة التى يجرى عليها مجلس الدولة الفرنسى من صياغة أحكامه فى صورة مختزلة للغاية ، فانه فى قضية غاز بوردو السابقة ، قد التزم خطة مغايرة ، وصاغ حكمه فى صورة مفصلة ، ضمنها معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية التى تقوم عليها أحكام نظرية الظروف الطارئة ، بحيث يمكن اعتبار هذا الحكم الرئيسى دستور النظرية · ولهذا فاننا نقتبس منه هذه الفقرة

---

(١) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ فى قضية :
Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux. Rec. P. 125 conc. Chardent. D. 1916. 3. 25. S. 1916. 3. 17. (note Hauriou).

المطولة – وفقا للخطة التي جرينا عليها بالنسبة لأحكام مجلس الدولة المصرى – حتى يرجع اليها من شاء التوسع[1] .

واذا كانت المبادىء التي تضمنها حكم غاز بوردو ما تزال تحتفظ بقيمتها ، فان مجلس الدولة الفرنسي قد أدخل عليها بعض التعديلات من ناحيتين :

---

(٢)

«Considérant qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectivés du concessionnaire et du concédant; que le concessionnaire est tenu d'executer le service prévu dans lès conditions precisées au traité, et se trouve rémunéré par le perception, sur les usagers, des taxes qui y sont stipulées, que la variation des prix des matières premières, a raison des circonstances économicques constitue un aléa du marché, qui peut, suivant les cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire, et demeure à ses risques et perils chaque partie étant réputés avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a fait avant de s'engager. Mais considérant que, par suite de l'occupation par l'ennemi de plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considerable des transports par mer, à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que, non seulement elle a un caractère exceptionnél, dans le sens hapituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraine dans le coût dé la fabrication du gaz une augmentation qui, déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession; que par suit du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument boulversée que la compagnie est donc fondée à coutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurér aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci dessus rappelée. — Considerant qu'il résulte de ce qui précède que, si c'est à tort que la compagnie prétend ne pouvoir être tenue de supporter aucune augmentation du prix du charbon au delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant, d'après elle. été envisagé comme corresspondant au pris maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait execissif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinair de l'entreprise; qu'il importe au contraire de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte, tout à la fois de l'interêt général lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous les moyens de production et des conditions spéciales qui ne premettent pas au contrat de recevoir son application normale, qu'à cet effet il convient de décider d'une part que la compagnic esr tenue d'assurer le service concédé et d'autre part qu'elle doit supporter, seulement au cours de cette période transitoire la part des conséquences onereuses de la situation de force majeure ci-dessus rappéléi, que l'interprétation raisonable du contrat permet de laisser à sa charge, qu'il y a lieu en conséquence en annulant l'arrêté attaqué de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture. auquel il appartiendra si elle ne parviennent pas à se méttré d'accord sur les conditions spéciales la compagnie pourra continuer le service, de terminer en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura du assurer le service pendant la période envisagée ... La compagnie générale d'éclarge de Bordeaux et de la ville Bordeaux sont renvoyées devant le conseil de préfecture pour être procedé si elles ne s'entendént pas amiablémént sur les conditions spéciales auxquelles la compagnie continuera son sèrvice, à la fixation de l'indemnité laquelle la compagine a droit à raison des cirointances extracontractuelles dans lesquellos elle aura du assurer le service cocédé». . . . . .

الأولى : من حيث نهاية الظروف الطارئة ، وكان ذلك فى قضية ترام شربورج التى سنعرض لها فيما بعد ٠

والثانية : وهى الأهم ، وتتعلق بمصدر الفعل الذى يتحقق به الظرف الطارىء ٠ فقد كان المسلم به حتى عهد قريب ، أن هذا الفعل يجب أن يكون بعيدا عن الادارة ٠ أما الآن فان مجلس الدولة الفرنسى ــ كما سنرى ــ قد وسع من نطاق الظروف الطارئة بحيث شملت الأفعال التى تصدر من السلطات الادارية ، ومرجع ذلك كما ذكرنا الى سياسة الاقتصاد الموجه التى تمارسها معظم الدول فى الوقت الحاضر ٠

٣ ــ وقد راعى مجلس الدولة الفرنسى ، وهو يقرر تلك النظرية ، أنه لو طبق القواعد المدنية على اطلاقها ، لترتب على ذلك حتما توقف الملتزم فى نهاية الأمر ، لعجزه عن ادارة المرفق بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة ٠ ولو تم ذلك لكان المنتفعون هم أول من يضار لتوقف المرفق عن أداء الخدمات التى عولوا عليها فى ترتيب أمور حياتهم ٠ ومن ثم فان نظرية الظروف الطارئة ذات علاقة مباشرة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ٠

٤ ــ أما فى مصر ، فقد سبق أن ذكرنا أن القضاء الوطنى والمختلط قد رفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة كما صاغها مجلس الدولة الفرنسى حتى وقت قريب ٠ وقد بذلت محكمة الاستئناف الوطنية بتاريخ ١٩ أبريل سنة ١٩٣١ محاولة للأخذ بنظرية الظروف الطارئة ٠ ولكن محكمة النقض رفضت أن تسايرها ، ونقضت حكمها السالف ، بحكم صادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢[1] ٠ أما الفقه فقد كان الى جانب الأخذ بهذه النظرية ٠

وظل الحال على ذلك حتى صدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الذى قرر فى مادته السادسة أنه « اذا طرأت ظروف لم يكن من

(١) مجموعة المبادىء القانونية لمحكمة النقض جـ ١ ص ٥٢ ٠

المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام ، أو الى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدرا وقت منح الالتزام ، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار واذا اقتضى الحال ، أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة الى القدر المقبول » • وبهذا النص سلم المشرع بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة الى عقد الالتزام •

وأخيرا جاء القانون المدنى المصرى الجديد ، لينقل النظرية الى مجال عقود القانون الخاص • فالمادة ١٤٧ منه تقرر :

١ ـ العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله ، الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون •

٢ ـ ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وأن لم يصبح مستحيلا ، جاء مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك • »

بهذا النص أصبحت نظرية الظروف الطارئة مقررة فى مصر بنص تشريعى ، لا بالنسبة الى العقود الادارية فحسب ، ولكن بالنسبة الى العقود المدنية أيضا • وهكذا سبقت مصر فى هذا المجال ، التشريع الفرنسى المدنى ، والذى ما زال يطبق القواعد المدنية التقليدية • غير ان الأساس الذى بنيت عليه نظرية الظروف الطارئة فى العقود الادارية ـ وهو قاعدة استمرار سير المرافق العامة فى أداء خدماتها للجمهور ـ غير متصور فى العقود المدنية البحت ، والتى لا يقصد من ورائها الا تحقيق مصالح خاصة • ولهذا الخلاف صداه فيما يتعلق بأحكام النظرية فى كل من المجالين كما سنرى فيما بعد •

٥ — على أن مجلس الدولة المصرى قد سلم بالنظرية منذ أن أختص بالنظر فى العقود الادارية ، على أساس أنها من الأحكام الرئيسية التى تقوم عليها فكرة العقد الادارى • ومن ثم فقد اعتبرت محكمة القضاء الادارى المصرية أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ — فى شأن نظام المرافق العامة التى تدار عن طريق الامتياز — كاشف ومنظم لما ورد به من أحكام ، وأنه مجرد تقنين لاحكام العقود الادارية فى خصوص عقد الامتياز •

وبعكس نظرية عمل الأمير — التى سلم بها مجلس الدولة المصرى قضاء ورأيا من الناحية النظرية ، دون أن يطبق أحكامها الا فيما ندر ، فان نظرية الظروف الطارئة قد طبقت بكثرة على صعيد القضاء والرأى • ونكتفى بالأمثلة التالية :

أولا : من أحكام محكمة القضاء الادارى : حكمها المطول الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ ، وفيه تولت تفصيل أحكام النظرية ، ومقارنتها بالنظريات المشابهة ، حيث تقول « ان القضاء الادارى قد خرج من نطاق تطبيق قاعدة القانون الخاص ، أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأنه شريعة اتفاقية ، وأن العقد يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحا ؛ خرج القضاء الادارى من نطاق تطبيق هذه القاعدة الى مبدأ الطوارىء غير المتوقعة أو الظروف الطارئة استجابة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة ، وبما أدخله من مرونة على مبدأ قوة العقد الملزمة فى نطاق القانون الادارى ، وهو مبدأ لا يطبق فى العقود الادارية بنفس الجمود والاطلاق اللذين يطبق بهما فى العقود المدنية ، بل يطبق تطبيقا مرنا فى شأن كل من جهتى الادارة والمتعاقد معها تأسيسا على أنه اذا كانت هذه المرونة تطبق لصالح جهة الادارة فى بعض الظروف لتحقيق المصلحة العامة ، فانه من الطبيعى أن تطبق تطبيقا مقابلا لصالح المتعاقد معها فى ظروف أخرى ••• وقد كانت نظرية الطوارىء غير المتوقعة أو الظروف الطارئة من ابتكار القضاء الادارى وأخذ يطبقها باطراد على جميع

العقود الادارية • وقد أقام الفقه والقضاء الادارى هذه النظرية الى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها • واذا كان الطارىء غير المتوقع تنتظمه ــ كالقوة القاهرة ــ فكرة المفاجأة والحتم ، الا أنه يختلف عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام ، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة • ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء ، فالقوة القاهرة تفضى الى انقضا الالتزام ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملة • أما الطارىء غير المتوقع فيترتب عليه مشاركة الدائن للمدين فى تبعته • كما أن نظرية الطوارىء غير المتوقعة ليست على وجه الاجمال الا بسطة فى نطاق نظرية الاستغلال أو الغبن الذى يقع لاحقا لانعقاد العقد • وهى أيضا تقيم ضربا من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذا عينيا وتنفيذه عن طريق التعويض ، كما أن تطبيقها يخرج بالقاضى من حدود المألوف فى رسالته فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد بل يجاوز ذلك الى تعديله[1] • هذا الى أن النظرية اذ تستند الى قواعد العدالة فان أساسها هو تضحية من الطرفين المتعاقدين وليس اخلاء أيهما من التزامه بل يتحمل كل منهما شيئا من الخسارة لا أن يتحملها أحدهم •

ومفاد نظرية الطوارىء غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الادارى ، أنه اذا حدث أثناء تنفيذ العقد الادارى أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعه عند ابرام العقد فقلبت اقتصادياته ، واذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، واذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يحتملها أى متعاقد الى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فان من حق المتعاقد

---

(١) يصدق هذا القول على النظرية فى نطاق القانون المدنى دون القانون الادارى ، كما سنرى وهو هفوة فى صياغة الحكم •

المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه تعويضا جزئيا وبذلك يضيف الى التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهما ٠٠ ومن هنا تختلف هذه النظرية عن نظرية التوازن المالى للعقد من ناحية أن نظرية التوازن المالى للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الادارة فى تعديل العقد الادارى للمصلحة العامة باصلاح ما يحدث للعقد الذى هو طرف فيه ٠ أما فى نظرية الظروف الطارئة فانه بالرغم من أن الضرر الذى يقع يرجع الى سبب غريب عن جهة الادارة[1] ـ وغالبا ما يكون حادثا أو ظرفا اقتصاديا ـ فان العقد يظل قائما وموجودا كما هو ٠ هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان التعويض تأسيسا على نظرية التوازن المالى للعقد يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التى تصيب المتعاقد ٠ أما فى حالة الظروف الطارئة فانه يكون مقصورا على معاونة ومساهمة فى مقدار الضرر ٠

ونظرية الظروف الطارئة تؤدى الى أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الادارى ويولده هذا العقد ويخلفه ـ وغالبا ما يكون الدائن هو جهة الادارة ـ وهذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضا لكفالة تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلبا لاقتصاديات العقد فانه يجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الادارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجة عن العقد توافر شروط ثلاثة هى : (أولا) أن يكون الحادث أو الظروف أجنبيا عن المتعاقدين أى مستقلا عن ارادتهما ولا دخل لهذه الارادة فى وقوعه ٠ (ثانيا) أن يكون الظرف أو الحادث مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن فى حسبان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند ابرام العقد ٠ ويقتضى هذا الشرط البحث فى عناصر ثلاثة : أولها ، طبيعة الحادث أو الظرف

---

(١) وهنا أيضا أهمل الحكم التطور الجديد فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى كما سنرى ٠

نفسه ، كأن يكـون مثلا من الأمور الاقتصادية كارتفاع الأجـور وأثمان المواد الأولية • ثم أهمية الحادث أو الظرف الاستثنائى لأن التعويض لا يستحق الا اذا جاوز ارتفاع الأثمان أو الأجور الحد الذى يطيقه المتعاقد أو ما لا يستطيع مواجهته ويترتب عليه أعباء اضافية لا يستطيع احتمالها • والثالث عنصر الزمن أى تحديد الوقت الذى أبرم فيـه العقد للتحقق مما اذا كان المتعـاقدان يتوقعان فى هـذا التاريخ أن ستنقلب اقتصاديات العقد أم لا • (ثالثا) أن التعويض لا يستحق الا اذا انقلبت اقتصاديات العقد ، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز فى فداحتها الخسارة العادية المألوفة التى يتحملها أى متعاقد أثناء التنفيذ • ولما كان التعويض الذى يدفـع لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى الا جزءا من الاضرار التى تصيب المتعاقد ، فليس لهـذا أن يطالب بالتعويض بدعـوى أن أرباحه نقصت أو لفوت كسـب ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة ومتميزة فلا تتقاص مع شىء فى العقد ، بمعنى أن يكون تقدير قلب اقتصاديات العقد قائما على أنه يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر فى اقتصادياته ، فيعتبر العقد فى ذلك وحدة ويفحص فى مجموعه لا أن ينظر الى أحـد عناصره فقط بـل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها اذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ويعوض عن العناصر التى تستتبع الخسارة • ومن ثم فان انقلاب اقتصاديات العقد مسألـة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها الا من المستخلصات النهائية وعند عمل الحساب النهائى وهو لا يكون الا بعد انجاز الأعمال ، وبذلك يمكن تحديد التعويض وطلبه على أساس نظرية الظروف الطارئة »[1] •

ثانيا : من أحكام المحكمة الادارية العليا :

(أ) حكمهـا الصـادر فى ١١ مـايو سـنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص٨٧٤) حيث تقول : «ومن حيث ان تطبيق نظرية الحوادث الطارئة فى

(١) وراجع من أحكامها الأخرى حكمها الصادر فى ١٤ يوليو سنة ١٩٦٠ السنة ١٤ ص ٩٤ ، وحكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ ، السنة ١٤ ص ٣٦ •

الفقه والقضاء الادارى رهين بأن تطرا خلال تنفيذ العقد الادارى حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة ادارية غير الجهة الادارية المتعاقدة أو من عمل انسان آخر ، لم تكن فى حسبان المتعاقد عند ابرام العقد ولا يملك لها دفعا ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة يختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما . ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها الزام جهة الادارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى أحتمال نصيب من الخسارة التى أحاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارىء ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الادارى ، واستدامة لسير المرفق العام الذى يخدمه ، ويقتصر دور القاضى الادارى على الحكم بالتعويض دون أن يكون له تعديل الالتزامات التعاقدية » وفى هذه الفقرة المركزة ، لخصت المحكمة الادارية العليا أحكام نظرية الظروف الطارئة أجمل تركيز .

وباعمال هذه المبادىء على وقائع القضية قالت المحكمة : « واذ قامت محافظة القاهرة بتسيير لنشات للنزهة فى النيل من القاهرة الى حلوان والحوامدية ومركز الصف فى نطاق الخط الملاحى المذكور ، فا نذلك يعد حادثا طارئا لم يكن فى حسبان المدعى عند التعاقد ، ولا يملك له دفعا ، ومن شأن هذا الحادث أن يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب . » وقضت المحكمة بتعويضه جزئيا بما يمكنه من الاستمرار فى التنفيذ .

(ب) حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٥٧٦) فى ظروف تتخلص فيما يلى : استأجر متعاقد سوق طنطا العمومى فى مقابل مبلغ يدفع على أقساط سنوية . وحدث أن توقف عن الدفع ابتداء من شهر يونية ١٩٦١ الى آخر أغسطس من ذات العام بحجة أن وباء دودة القطن الذى استشرى فى ذلك العام ، منع الفلاحين من ارتياد السوق ، فالحق به ضررا جسيما ، وطلب خصم الأقساط المستحقة من التأمين المودع لدى جهة الادارة . فرفضت كل من محكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا اجابته الى

طلبه . وأثيرت فى القضية دفوع كثيرة يعنينا منها دفع يتعلق بالظرف الطارىء . وفى هذا الحكم الحديث أيضـا حرصت المحكمة الادارية العليا على أن تلقى بعض الأضواء الجديدة على النظرية فقالت : « ومن حيث ان نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالـة المجردة التى هى قـوام القانون الادارى ، كما أن هدفها تحقيق المصـلحة العامة ، فرائد جهة الادارة هـو كفالة حسن سـير المرافق العامـة باستمرار وانتظام ، وحسن اداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها . كما أن هدف المتعاقد مع الادارة ، هو المعاونة فى سبيل المصلحة العامـة ، وذلك بأن يؤدى التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح مجز ، وأجر عادل ، وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركـة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات ، وما يصادفه من عقبات . فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه اذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الادارى ظروف أو أحـداث لم تكن متوقعة عند ابرام العقد ، فقلبت اقتصادياته ، واذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، بل أثقل عبئا ، وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يحتملها أى متعاقد ، الى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فان من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هـذه الخسارة التى تحملها فيعوضه عنها جزئيا . . . ولما كـان التعويض الذى يدفع طبقا لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ، ولا يغطى الا جزءا من الأضرار التى تصيب المتعاقد ، فليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسـب ضاع عليه ، كمـا أنه يجب أن تكون الخسـارة متميزة » .

وفى موضوع النزاع قررت المحكمة أن كارثة دودة القطن يمكن أن تعتبر من الظروف الطارئة ، ولكن هذا وحده لا يكفى بل لابد من

توافر شروط النظرية الأخرى ، وسوف نعود الى هذه النقطة فيما بعد[1] .

(ج) ومن أحدث أحكامها فى هذا المجال حكمها الصادر فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ (الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ قضائية) وفيه تقرر « يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة ادارية غير المتعاقدة أو ظروف من عمل انسان آخر ، لم يكن فى حسبان المتعاقد عند ابرام العقد توقعها ولا يملك لها دفعا . ويشترط فى هذه الظروف أن يكون من شأنها انزال خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما . متى توافرت هذه الشروط أصبحت جهة الادارة المتعاقدة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيب من خسائره ضمانا لتنفيذ العقد على النحو الذى يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد . وفى تقدير مدى الاختلال الحادث فى العقد بسبب الظرف الطارىء يتعين الأخذ فى الاعتبار بجميع عناصره المؤثرة فى اقتصادياتة وفيها كامل قيمة العقد ومدته ، فيفحص فى مجموعه كوحدة واحدة دون الوقوف عند أحد عناصره أو العناصر الخاسرة . ومؤدى ذلك أن التعويض الذى تلتزم به جهة الادارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيا كان مقداره أو الخسائر العادية المالوفة فى التعامل ، وانما أساسه تحمل جهة الادارة المتعاقدة لجزء من خسارة حقيقية وفادحة تندرج فى معنى الخسارة الجسيمه ، بغرض اعادة التوازن المالى للعقد بين طرفيه » .

ومن أحكامها الحديثة الأخرى فى هذا المجال ، حكمها الصادر

---

(١) وراجع من فتاوى المجلس فى ذات الموضوع فتوى الجمعية العمومية فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (س ١٩ ، ص ٥١) حيث اعتبرت أن حرب سنة ١٩٥٦ تعتبر ظرفا طارئا . ولكن الفتوى رفضت التعويض على أساس أن الضرر الذى حاق بالشركة لا تتوافر فيه الشروط التى تبرر منح التعويض الجزئى .

فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ (الطعن رقم ٢٥٤١ لسـنة ٢٩) وفيه تجمل شروط تطبيق النظـرية (التى أطلقت عليها تسمية نظـرية الطوارىء أو الحوادث) فيما يلى :

أولا : أن تظهر خـلال تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروف استثنائية طبيعية أو اقتصادية أو ادارية ٠

ثانيا : ألا يكون فى وسع المتعاقد توقع هذه الظروف عند ابرام العقد ، ولا يملك عند التنفيذ دفعها ٠

ثالثا : أن تصيب هـذه الظروف المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسائر العادية التى يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ٠

وأكدت المحكمة أنه اذا تحققت هذه الشروط ، فعلى المتعاقد أن يستمر فى تنفيـذ العقد ، وله أن يدعو الادارة لمشاركته فى تحمل جـزء من الخسارة ٠ وله اذا رفضت أن يلجأ الى القضـاء ، ويقتصر دور القاضى فى هذه الحالة على الزام الادارة بالتعويض المناسب ٠

المطلب الثانى

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لقد أشارت كل من محكمة القضـاء الادارى والمحكمة الادارية العليا فى الأحكام التى سبق ايرادها الى الشروط العامة التى يجب توافرها لكى تطبق نظرية الظروف الطارئة ٠ وبالرجوع الى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، نجد أن الظرف الطارىء يجب أن تتوافر فيه شروط تتعلق بالنواحى الآتية :

١ ــ طبيعة الظرف الطارىء ٠

٢ ــ كونه غير متوقع ولا يمكن دفعه ٠

٣ ــ كونه خارجا عن ارادة المتعاقد ٠

٤ ــ وقت وقوعه ٠

٥ ــ أثره على العقد ٠

وفيما يلى ندرس تلك الشروط على التوالى :

١ ــ § طبيعة الظرف الطارىء

١ ــ ذهب الرأى التقليدى فى أول الأمر الى أن الظرف الطارىء الذى حملت هــذه النظرية اسمه يجب أن يكون اقتصاديا ، تأسيسا على أن هــذه النظرية انما قصد بها حماية المتعــاقد ضــد المخاطر الاقتصادية «aléa économiques» وتمييزا لنظرية الظروف الطارئة عن النظريتين الأخريين ، ونعنى بهما نظرية عمل الأمير ، والتى تحمى المتعاقد فى مواجهــة المخاطر الادارية «Aléa administratif» ونظرية الصــعوبات المادية غير المتوقعة والتى يلجأ اليها المتعاقد لمواجهــة المخاطر الطبيعية «Aléa naturel» كما سنرى فيما بعد ٠

وهذا التقسيم الثلاثى صحيح فى خطوطه العامة ، ولكنه تقسيم نسبى ، نظرا لتدخل الدولة فى ظروف الانتاج مما أدى الى تداخل تلك الصور الثلاث ٠

٢ ــ واذا كان صحيحا أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يقتضى اختلالا جسيما فى اقتصاديات العقد كما سنرى ، فان هذا الاختلال قد يرجــع الى أســباب متعددة ، اقتصاديــة أو طبيعية أو من فعل الادارة ٠٠ الخ ٠ وهنا تتداخل النظريات الشقيقات الثلاث : ونعنى بها نظريات عمل الأمير ، والظروف الطارئــة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة كما سنرى عند المقارنة بينها فيما بعد ٠

٣ ــ وكل ما يمكن توكيده أن نطاق الظرف الطارىء متسع جدا فى الوقت الحاضر ٠ فقد يكون أرفا طبيعيا كالزلازل والفيضانات ، وقد يكون اقتصاديا كارتفاع الأجور أو الاسعار ارتفاعا فاحشا ٠ وقد يــكون من عمل جهة ادارية غير جهة الادارة المتعــاقدة ٠ وهو

التوسع الأخير الذى أضفاه مجلس الدولة الفرنسى على النظرية كما ذكرنا وكما سنرى فيما بعد · وبالرجوع الى أحكام مجلس الدولة الفرنسى والمصرى نجد أنه أقر نظرية الظروف الطارئة فى الحالات الآتية :

أولا : بالنسبة الى الاجراءات العامة «Les mesures à portée générale» كالقوانين واللوائح التى تؤدى الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب · ومثال ذلك صدور قوانين اجتماعية يترتب عليها ارتفاع الأجور أو الاسعار ارتفاعا فاحشا[1] · أو فرض ضرائب جديدة أو زيادة فئات الضرائب الموجودة بدرجة تخل اخلالا كبيرا باقتصاديات العقد[2] · ومنها أيضا أن تصدر تشريعات تتعلق بالنقد كتخفيض العمله أو فرض قيود على تداولها ·· الخ[3] ، أو تتصل بتنفيذ سياسة الاقتصاد الموجه ، كصدور قرارات عامة تقضى بتثبيت الأسعار «blocage des prix»[4] ·

ولقد أقر مجلس الدولة المصرى المبادىء السابقة · ومن أحكامه وفتاويه فى هذا الخصوص :

(أ) فتوى قسم الرأى مجتما والصادرة فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٤ (وقد سبقت الاشارة اليها) حيث يقول المجلس : « يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنية المصرى بالنسبة الى الدولار حادثا استثنائيا عاما فى حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى ، اذ لم يكن فى وسع المتعاقدين توقعه حين ابرام العقد · ومع التسليم

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٤٨ فى قضية (Hospice de Vienne) منشور فى مجموعة (actual. jur.) سنة ١٩٤٨ ص ٣٣١ وفى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٣ فى قضية (Charnit et Collet) مجموعة (actual. jur fevrier 1954. II, 66)

(٢) حكمه فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٦ فى قضية «Etabl. Bizouard» المجموعة ص ٤٣٢ وفى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Chouard» المجموعة ص ٤٤٤·

(٣) حكمه فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٣ فى قضية «Aurran» المجموعة ، ص ٣٦ وفى ١٦ يوليو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Abd el-Messih» المجموعة ص ١٩٣ ·

(٤) حكمه في ٤ مايو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville de Toulon» ·

الجدلى بأنه كان مفروضـا على المتعهد أن يتوقع التجاء الحكومـة الى خفض قيمة العملة المصرية ، فان مدى هـذا التخفيض لم يكن من المسـتطاع التكهن به • ومن ثم فانه يحتمل أن تكون نتائج هـذا الاجراء ومـدى تأثيره فى التوازن المالى للعقد قد جاوزت ما كان مفروضا أن يتوقعـه المتعهـد حين العقـد • وفى الحـالين ان كانت خسارة المتعهد من هذا الاجراء قد جعلت تنفيذ التزامه أمرا مرهقا مهددا له بخسارة فادحة ، كان على الطرف الآخر أن يشاركه فى تلك الخسارة بالقدر الذى يحد منها ويردها الى القدر المعقول ، بمعنى أن الخسارة المتوقعة يتحملها المتعهد • أما الخسارة غير المتوقعة فيشاركه فيها الطرف الآخر بالقـدر الذى يخفف من فداحتها • أمـا تقدير كون خسائر المتعهد قـد فاقت ما كان مفروضا أن يتوقعه أم لا فأمر متروك بحثه على ضوء ما تبين من عناصر التقدير » •

وفى فتوى الجمعية العمومية الصادرة فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (سبقت) قررت أن ارتفاع الأسعار نتيجة لاتفاع الرسوم ، يعتبر ظرفا طارئا •

(ب) كما أن محكمة القضاء الادارى أقرت المبدأ — وان رفضت تطبيق النظرية — فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ (س ٧ ، ص • ١٠٤٧) فقد قررت المحكمة أن صدور أمر عسكرى بفـرض اعانة غلاء معيشة للعمال أثناء الحرب بنسبة معقولة « لا تخـرج عن حد المعقول وتدخل ضمن حسن تقدير المقاول الحريص الذى يزن الأمور ويقـدر نتائجها ، ومن ثم فانها لا تعتبر من قبيل الظروف الطارئة » فرفض تطبيق النظرية فى هذه الحالة يرجع الى شرط آخر غير الذى نعرض له فى هذا المقام •

ثانيا : بالنسبة الى الاجراءات الخاصة «mesures particulières» والأعمال المادية «Les actes matériels» والظواهر الطبيعية «Les phénomènes naturels» : وتطبيقات النظرية هنـا كثيرة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، كصدور أوامـر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العـامة اذا ترتب على ذلك اخلال باقتصاديات العقـد ولم

تطبق نظرية عمل الأمير[١] . ومنها أيضا حالة ترحيل الادارة لبعض المساجين من بعض السجون أو نقل بعض الجنود من منطقة الى أخرى اذا أدى ذلك الى قلب اقتصاديات العقد[٢] .

كما أن تدخل الادارة فى السوق مشترية ، لتنفيذ مشروعات عامة فى أماكن مجاورة للأعمال محل التعاقد ، اذا لم يؤد الى تطبيق نظرية عمل الأمير كما رأينا فانه قد يسمح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة[٣] . والفيضانات تؤدى الى تطبيق النظرية[٤] .

وقد سلمت محكمة القضاء الادارى المصرية بأنه « .. لا شبهة فى أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التى لم يكن فى الوسع توقعها ، والتى يترتب عليها أنه اذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد ارهاقا وأكبر كلفة كان للمتعاقد مع الادارة مطالبتها بالمساهمة معه فى تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف ، وذلك بتعويضه جزئيا عن الخسارة الواضحة المحققة التى لحقته ، يستوى فى ذلك أن تكون المطالبة بهذا التعويض أثناء سريان العقد أو بعد انتهاء مدته ما دام المتعاقد مع الادارة لم يتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية . والأساس فى ذلك لنظرية الظروف الطارئة .. » (حكمها المطول فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧) .

ومن ذلك أيضا حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١٠٢٤) حيث تقرر « أن ارتفاع أسعار

---

(١) حكم المجلس فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية «Ste. L'Energie électrique» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٦ ص ٣١٥ مع تقرير المفوض «Detton» وفى ٢ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية «Min. T. P. contre E. D. F» . مجموعة دالوز سنة ١٩٥٣ ص ٣٠٩ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ فى قضية «Gally» المجموعة ص ٢٥ .

(٣) حكم المجلس فى ١١ ديسمبر سنة ١٩١٨ فى قضية «Jese de Cunha» المجموعة ص ١١١٧ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٤ فى قضية «Cie française des câbles télégraphiques» المجموعة ص ١١٩ .

الزئبق لا يعتبر قوة قاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد ، لكنه يعتبر ظرفا طارئا لم يكن فى الحسبان عند التعـاقد . وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحملها خسائر فادحة الى حـد الاخلال بتوازن العقد اخلالا جسيما »

ولقد أوردنا فيما سبق حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ والذى اعتبر منافسة الملتزم بتسيير أتوبيس نهرى عن طريق تسيير أتوبيسات نهرية وبرية لخدمة ذات الخط من قبيل الظروف الطارئة التى عوضت عنها المحكمة ، وحكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ والذى اعترف بأن وباء دودة القطن يمكن اعتباره ظرفا طارئا .

٤ ـ وهذا الشرط مقرر أيضا فى القانون المدنى المصرى بالنسبة الى تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى مجال هذا القانون . فالمادة ١٤٧ من القانون المدنى تشترط أن تطرأ « .. حوادث استثنائية عامة » ويضرب الدكتور السنهورى لتلك الحوادث الأمثلة الآتية « .. زلزال ، أو حـرب أو اضراب مفاجىء ، أو قيام تسعيرة رسمية أو الغاؤها أو ارتفاع باهظ فى الأسعار أو نزول فاحش ، أو استيلاء ادارى أو وباء ينتشر أو جراد يزحف أسرابها . ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لابد أن تكون استثنائية يندر وقـوعها ، ولم يأت النص المصرى بأمثلة تاركا ذلك للفقه والعمل ...»[1] .

٢ ـ § كون الظرف الطارىء غير متوقع ولا يمكن دفعه

١ ـ وهذا هو الشرط الجـوهرى الذى سميت النظرية باسمه ، ذلك أن كل عقد يحمل فى طياته بعض المخاطر ، وكل متعاقد حـذر يقدر هـذه المخاطر ويزنها عند ابرام العقـد . فاذا قصر فى ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره . أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذى يفـوق كل تقـدير يمكن أن يتوقعـه الطـرفان

(١) الوسيط ، الدكتور السنهورى ، الجزء الأول ، ص ٦٤٣ وما بعدها .

المتعاقدان ، أو كما ينعته المفـوض كورناى فى تعليقـه على حـكم «Fromassol» حيث يقول :

«L'événment déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat et depassant les limites extrêmes que les parties ont pu envisager» (١)

ويتفرع على كون الحادث غير متوقع أنه لا يمكن دفعه ، ذلك أن الحادث الذى يستطاع دفعه يستوى فى شأنه أن يكون متوقعا أو غير متوقع[٢] .

٢ ـ ولكن هل يجب أن ينصب شرط التوقع على الظرف الطارىء أو على آثاره ؟ لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى أولا ، وبالنسبة الى ظرف الحرب العالمية الأولى ، الى ضرورة اشتراط عدم توقع الفعـل الطارىء ذاته (الحرب) ، واهمـال فكرة عدم توقع آثاره أو مـدى هذه الاثارة[٣] .

ولكن مجلس الدولة الفرنسى عدل عن تشدده السابق ، وأصبح يكتفى فى كثير من الحالات بأن تكون آثار الظرف الطارىء هى التى لم يكن فى الامكان توقعها[٤] .

(١) وردت هذه العبارة بذاتها فى حكم المجلس فى قضية غاز بوردو الذى وضع أساس النظرية .

(٢) حكمه الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢١ فى قضية «Sté. commerciale des carbures» مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ٤٩٤ مع تقرير المفوض كورنارى وراجع مؤلف جيز فى العقود الجزء الثانى ص ٥٠٥ .

(٣) الوسيط للدكتور السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٦٤٤ .

(٤) حكمه الصادر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية «Ste. cau assinissement» المجمـوعة ص ٩١٦ ، وفى هـذا الحكم يقرر المجلس صراحـة أنه اذا كان احتمـال احتلال اقليم الرهر قائما وقت ابرام العقد ، فان ما سببه من ارتفاع الأسـعار ، لاسيما فى سعر الحديد قد فاق الاحتمالات العادية للطرفين .

وحكمه الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٤٨ فى قضية «Hospices de Vienne» (وقد سبقت الاشارة اليه) وهو أكثر دلالة من الحكم السابق ، لأن العقد أبرم بعد صدور القوانين الاجتماعية سنة ١٩٣٦ ، ونص فى العقد صراحة على تحمل المتعاقد لارتفاع الأسـعار المترتبة على تطبيق القوانين الجديدة ، وبالرغم من كل هذا فقد طبق المجلس النظرية ، لأن ارتفاع الأسعار قد فاق الحد المعقول لتصوره عند ابرام العقد .

«L'ampleur des hausses a pu excéder la limite de celle qui pouvaient raisonable. ment entrer dans les previsions des parties» I. août 1936.

وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١٠٢٤) « ان الارتفاع الباهظ فى أسعار الزئبق ، ان صح أنه كان متوقعا بالنسبة الى العقد الثانى ، فان مدى هذا الارتفاع لم يكن فى الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد ، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة الى العقد الأول جنيه و ٦٠٠ مليما بالنسبة الى الكيلو ، فأصبح وقت التعاقد بالنسبة الى العقد الثانى ٢ جنيه و ٨٨٠ مليما ثم أصبح وقت الشراء ٤ جنيه و ٥٠ مليما ٠ ومن ثم فان نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة » ٠ وهذا التفسير الأخير هو الذى يتفق وحكمة النظرية ، على أساس أنها ترمى الى مجرد تمكين المتعاقد من الاستمرار فى التنفيذ حتى يزول الظرف الطارىء الذى لا يد له فيه ، ولا يستطيع دفعه ٠

٣ ــ وفيما يلى بعض تطبيقات مجلس الدولة الفرنسى لهذا الشرط[1] :

(أ) بالنسبة للاجراءات الصادرة من السلطات العامة ، كالقوانين الاجتماعية أو المالية ٠٠٠ الخ يجرى مجلس الدولة الفرنسى كقاعدة عامة على رفض تطبيق النظرية اذا أبرم العقد بعد صدور تلك الاجراءات ٠ ولكنه يمنح التعويض اذا صدرت هذه الاجراءات بعد ابرام العقد ٠ كما أنه يعوض الآن ــ وفقا لمسلكه الحديث ــ عن آثار تلك الاجراءات ، حتى ولو كانت متوقعة فى ذاتها ، اذا فاقت الآثار كل ما يمكن توقعه وقت ابرام العقد ٠

(ب) ظرف الحرب : وقضاء مجلس الدولة الفرنسى ــ كما يلاحظ الفقهاء ــ غنى فى هذا المجال ٠ ويعوض مجلس الدولة الفرنسى عن ظرف الحرب اذا أبرم العقد فى وقت كان شبح الحرب فيه غير متوقع ، بل ان ظرف الحرب بالذات كان أول ظرف طبقت فيه النظرية ٠

---

(١) تراجع الأحكام فى مطول دى لوبادير فى العقود ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ص ٩٩ وما بعدها ٠

وهنا أيضا عوض المجلس عن ظرف الحرب ، رغم توقعها في ذاتها ، اذا زاد ارتفاع الأسعار عن كل مدى متوقع ٠

أما محكمة القضاء الادارى المصرية ، فقد رفضت التعويض فى حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٣٦) ، فبعد أن أوضحت شروط تطبيق النظرية[١] ، استطردت تقول : « ٠٠٠ وعلى ذلك فان الاعتداء الثلاثى على مصر كان أمرا يجب أن يتوقعه المدعى عند ابرام العقد ، اذ كان موقف سورية من شقيقتها العربية وقتئذ موقف المؤازرة والتكافل لتوتر الجو الدولى ، وما يصحبه من ارتفاع الأسعار ٠ فاذا كان المدعى يرد ما أصابه من ضرر الى هذه الحرب ، فانها كانت متوقعة من كل سورى ٠ ومن ثم تخلف هذا الشرط من شروط الظرف الطارىء ٠٠٠ » ٠

أما فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى الصادرة فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (سبقت) فيفهم منها أن الجمعية العمومية تسلم بأن الحرب هى ظرف طارىء يتعين التعويض عنه اذا توافرت باقى شروط النظرية لاسيما ما تعلق منها بحسامة الضرر ٠

(جـ) الاضرابات : وقد طبق المجلس بالنسبة اليها المبادىء السابقة ٠

(د) ظرف الأزمات الاقتصادية ، كارتفاع الاسعار وانخفاضها نتيجة للظروف الاقتصادية العامة ٠

٣ ـ § كون الظرف خارجا عن ارادة المتعاقد

١ ـ يؤكد الفقه الكلاسيكى أن الظرف الطارىء لا يمكن أن يكتسب هذه الصفة الا اذا كان مستقلا عن ارادة كل من

---

(١) تقول المحكمة ان قيام الظرف الطارىء يتطلب توافر شروط معينة فيه « بألا يكون متوقعا من المتعاقد وقت ابرام العقد ، وأن يكون الحدث الفجائى غير متصل بارادة أحدهما ، وأخيرا يتعين ان يختل التوازن الاقتصادى فى العقد بحيث يضار المتعاقد ضررا غير عادى » ٠

الطرفين[١] . وهذا الرأى على اطلاقه أصبح لا يتفق مع قضاء مجلس الدولة الفرنسى الحديث ، فلقد سبق أن ذكرنا أن مجلس الدولة الفرنسى قد طور أحكام نظرية الظروف الطارئة ليواجه الأفكار الجديدة . ولعل أهم تطور فى هذا المجال يتعلق بهذا الشرط . فالظرف يجب أن يكون مستقلا عن ارادة المتعاقد ، ولكنه قد يكون من عمل الادارة على النحو التالى :

٢ ـ استقلال الظرف الطارىء عن المتعاقد L'extériorité à l'égard du cocontractant : ويتشدد مجلس الدولة الفرنسى فى تطبيق هذا الشرط ، فهو يرفض التعويض كلما كان الظرف منسوبا الى المتعاقد المضار سواء أكان هذا المتعاقد هو الذى تسبب فى احداث الظرف الطارىء بعمله عن عمد أو أهمال ، أو كان المتعاقد قد قصر فى بذل الجهود اللازمة لتوقى هذا الظرف الطارىء اذا كان توقى الظرف فى حيز المستطاع . وأحكام المجلس كثيرة ومطردة فى هذا المعنى[٢] . فاذا كان المتعاقد قد تسبب فى احداث الظرف الطارىء جزئيا أو ساعد بخطئه فى زيادة أعبائه ، فان القاضى يراعى ذلك فى تقدير التعويض .

٣ ـ صلة الادارة بالظرف الطارىء : اذا ما تسببت الادارة بخطئها أو بفعلها فى احداث ظروف يكون من شأنها الحاق ضرر بالمتعاقد ، فانها تكون ملزمة بتعويض هذا الضرر . ولقد رأينا أن هذا التعويض يستند اما الى الخطأ ، أو الى فعل الأمير . فاذا كان الظرف الطارىء راجعا الى فعل الادارة ، ولم تخطىء ، فهل يظل المتعاقد المضرور بلا تعويض اذا تعذر عليه الاستفادة من نظرية عمل الأمير !؟ .

---

(١) من هذا الرأى الفقيه جيز ، مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٤٩١ . حيث يصف الظرف الطارىء بأنه : «independant de volonté des parties»

(٢) تراجع الأمثلة الكثيرة التى أوردها الأستاذ دى لوبادير فى مطولة فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٠٢ .

يجيب مجلس الدولة الفرنسى فى قضائه الحديث على هذا التساؤل بالنـفى ، اذ أنه يسمح للمتعـاقد بالمطالبة بالتعـويض استنادا الى نظرية الظروف الطارئة متى تحققت باقى الشروط ، كما فى الأمثلة التى ضربناها عند دراسة نظرية عمل الأمير[1] •

وبذات المسلك أخذ القضاء الادارى المصرى ــ وعلى رأسه المحكمة الادارية العليا ــ كما رأينا فيما سبق •

§ ٤ ــ متى يقع الظرف الطارئ ؟

١ ــ يجب أن يقع الظـرف الطارئ عقب ابرام العقد الادارى وقبل تنفيذه • وهذا يقتضى ــ غالبا ــ أن يكون تنفيذ العقـد من شأنه أن يمتد فترة من الزمن يجد خلالها من الظـروف الطارئة ما يؤدى الى الاخلال باقتصاديات العقد • ولهذا فان التطبيقات الغالبة للنظرية ، تكون فى عقود امتياز المرافق العامة ، وعقود التوريد ، والنقل والأشغال العامة •

ولكن اذا كانت القاعدة السابقة هى الغالبة ، فليس ثمة ما يمنع من تطبيق النظرية ، متى توافرت شروطها اذا كان العقد غير متراخ ، وطرأت الحـوادث الاستثنائية عقب ابـرامه مباشرة وان كان ذلك نادر الوقوع عملا[2] •

والمسلم به فى الفقه الادارى الفرنسى ــ من ناحية أخـرى ــ أن نظرية الظروف الطارئة تغـطى جميـع العقـود الادارية • أما فى مصر ، فان مجال النظرية أصح شاملا لجميع عقود الادارة للنص على

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية «Sté. L'Energie indnstrielle» مجلة القـانون العام سـنة ١٩٤٦ ، ص ٣١٧ مع تقـرير المفـوض «Detton» وتعليق الفقيه جيز ، وحكمه الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية «Min. T. P. contre E. D. F» دالوز سـنة ١٩٥٣ ص ٣٠٩ وراجع رسـالةالدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٢١٦ •

(٢) الوسيط للسنهورى ، الجزء الأول ، ص ٦٤٢ حيث يقول : « •• على أن العقد اذا كان غير متراخ ، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة ، وأن كان ذلك لا يقع الا نادرا فليس يوجد ما يمنع تطبيق النظرية ، ولهذا أثر القانون المصرى ــ مقتديا فى ذلك بالقـانون البولونى ــ أن يسكت عن شرط التراخى •• » •

النظرية تشريعا فى القانون المدنى كما ذكرنا • وبالتالى فان استبعاد تطبيق النظرية فى مجال بعض العقــود انما يرجــع الى عدم توافر شروط النظرية لا الى طبيعة تلك العقود •

٢ ـ واذا كانت القاعدة السابقة من الوضــوح بحيث لا تحتاج الى شرح فانها تقتضى تحديدا من النواحى التالية :

أولا : الظروف التى تطرأ قبل ابرام العقد : الأصل أن القاضى لا يعوض عن هذه الظروف • ولكن لما كان ابرام العقود يمر غالبا بمراحل متعددة ـ كما رأينا فى القسم الثانى من هذا المؤلف ـ فانه يتعين أن يوضــع فى الحساب حالة الظرف الذى يطــرأ عقب ايداع العطاء «le dépôt de la soumission» ، وقبل توقيع العقد ، فلقد سبق أن رأينا أن الفرد يلتزم بمجرد تقديمه ، بحيث لا يحق له أن يرجع فيه ، فى حين أن الرابطة التعاقدية ـ بمعناها الفنى ـ لا تتم الا بعد وقت طويل من تاريخ التقــدم الى المناقصــة • ومن ثم فاذا وقعت الظروف الطارئة فى خلال تلك الفترة ، فان مجــلس الدولة الفرنسى يعوض عنها لوحدة العلة[1] • فاذا وقع الظــرف الطارىء ولم تبت الادارة فى العطاء خلال المدة المحددة ، فان من حق المنافسين أن يسحبوا عطــاءاتهم • فاذا لم يفعــل المتنافس ، فانه يعتبر عالما بالظــرف الطــارىء وقت تعــاقده ، ومن ثــم فــلا حــق لــه فى التعويض[2] •

ثانيا : الظروف التى تطرأ عقب المدة المحددة للتنفيذ : الأصل هنا أيضا الا تعويض عن هذه الظروف لأنه لا أثر لها على التنفيــذ الذى يفترض تمامه قبل حدوثها • ولكن ما الحل اذا امتد التنفيــذ الى ما وراء تلك المدة بحيث تأثر بالظروف الطارئه ؟! لا صــعوبة

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٢ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية Commune d'Antony» المجموعة ص ٢٠ •

(٢) حكم المجلس فى ١٥ يناير ســنة ١٩٣٢ فى قضــية «Sté. les limousins» المجموعة ص ٦٤ •

فى الأمر اذا ما كان مرجـع التأخير الى خطأ المتعاقد ، فحينئذ يتعين عليه أن يتحمل وزر خطئه[١] • كما أنه يتعين دفع التعويض اذا ما كان مرجع التأخير الى خطأ الادارة • ولكن يدق الامر فى حالة موافقة الادارة على امتداد التنفيذ بناء على طلب المتعاقد • ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسى يسمح فى هـذه الحالة بتطبيق نظـرية الظـروف الطارئة[٢] •

والظـاهر أن المحكمة الادارية العليا من هـذا الرأى الأخير فى حكمها الصادر فى ٩ يونية سـنة ١٩٦٢ (سبق) فبعـد أن أكدت المحكمة على أن ارتفاع سعر الزئبق غير المتوقع يعتبر ظرفا طارئا ، وأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب الاستمرار فى تنفيـذ العقـد ، استطردت قائلة : « ان الشركة وان كانت قـد توقفت عن التنفيذ بنفسها ، الا أن الوزارة قد قامت بالشراء على حسابها • ومن مقتضى هـذا الشراء على حسابها عدم انهاء الرابطـة التعـاقدية ، واستمرار العقد منتجا لآثاره ، واعتبار الشركة هى المسؤلة أمام الوزارة عن عملية الشراء ، فالشركة تعتبر من الناحيـة القانونية قد واصلت التنفيذ •• » •

٥ ـ § أثر الظرف الطارىء على العقد

١ ـ لكى يعوض مجلس الدولة الفرنسى عن الظرف الطارىء يتعين أن يكون من شـأن هـذا الظرف أن يؤدى الى الحاق خسائر بالمتعـاقد من شأنها أن تؤدى الى قلب اقتصايات العقـد رأسا على عقب «Bouleversement de l'économie du contrat»

فلا يكفى فى هـذا الصدد أن يفقد المتعـاقد أرباحه كلهـا أو بعضها ، بل ولا يعتبر الشرط متحققا اذا حاق بالمتعاقد ضرر فعلى اذا كان هذا الضرر معقولا •

(١) حكم المجلس فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٩ فى قضية «Debosque» المجموعة ص ١٩٢ •

(٢) حكم المجلس فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ فى قضية «Min. prod. ind.» المجموعة ص ٦٤٣ • والحكم غير قاطع ، لأن موجزه فقط هو الذى تم نشره •

ولكن قلب اقتصاديات العقـد هى فكرة نسبية ، تقدر فى كل حالة وفقا لظروف كل عقد على حدة · ويضع مجلس الدولة الفرنسى نصب عينيه اعتبارات متعـددة مثل رقم الأعمال الخاص بالشركة المتعاقدة ، ومقدار احتياطياتها ، ومدى سهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطها ··· الخ[١] ·

وكل ما يمكن قوله فى هذا الصدد أن الظرف الطارىء اذا لم يكن من شأنه أن يؤدى الى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فانه يجعله مرهقا الى حد كبير · وفى هذا الصدد يقول الدكتور السنهورى فى وسيطه « ··· والارهاق الذى يقـع فيه المدين من جراء الحـادث الطارىء معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، بل يتغير بتغير الظروف · فما يكون مرهقا لمدين قد لا يكون مرهقا لمدين آخـر · وما يكون مرهقا لمدين فى ظروف معينة قـد لا يكون مرهقا لنفس المدين فى ظروف أخرى · والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة · فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى ، فان التعامل مكسب وخسارة »[٢] ·

وبهذا المعنى تقول محكمة القضاء الادارى في حكمها الصادر فى ١٩ يونية سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٢٦١) « ان مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارىء أثقل وأشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديرا معقولا ، بأن تكون الخسارة الناشئة عنه ، والتى تلحق المتعاقد ، فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية ، بمعنى أنه اذا لم يترتب على الظرف الطارىء خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة الى عناصر الضرر فى مجموعه ، أو انحصر

(١) «Le chiffre d'affair de la société, l'importance de ses reserves et l'aisance de sa tresorerie».

حكم المجلس الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية «Cie des ch. de fer d'Enghien» .

(٢) الوسيط ، الجزء الأول ، ص ٦٤٥ ·

كل أثر الظرف الطارىء فى تفويت فرصة الربح على المتعاقد ، فانه لا يكون ثمة مجال لاعمال أحكام هذه النظرية »[1] .

ولقد رددت المحكمة الادارية العليا هذا المعنى فى أحكامها الصادرة بخصوص النظرية ، لاسيما فى حكميها الصادرين فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ وفى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ وقد سبقت الاشارة اليهما .

٢ ــ يتضح مما سبق أن فكرة الارهاق فى التنفيذ ، تقدر بالنسبة الى كل عقد على حدة ، بصرف النظر عن الموقف المالى للمتعاقد فى خارج حدود الالتزامات التعاقدية[2] .

وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (سبق) بعد أن أكدت أن المتعاقد ليس له أن

---

(١) وراجع حكمها الصادر فى ١٤ يوليو سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٩٤) حيث رفضت تطبيق النظرية لأن الضرر المدعى به كان محتملا .

(٢) « وارهاق المدين لا ينظر فيه الا للصفقة التى أبرم فى شأنها العقد ، فلو أن المدين تهدده خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، كانت الخسارة فادحة حتى ولو كانت لا تعد شيئا كبيرا بالنسبة الى مجموع ثروته . نعم ان ثروة المدين تكون الى حد معين محل اعتبار فى تقدير الخسارة الفادحة ، فمن كان فقيرا كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة . ومن كان ثريا وجب أن تبلغ الخسارة بالنسبة اليه أضعاف الخسارة المألوفة ، ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التى أصبحت مرهقة ، فتنسب الخسارة الى هذه الصفقة لا الى مجموع ثروة المدين . فاذا تعاقد الفرد مع الحكومة ، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة اذا توافرت شروطها بالنسبة اليه ، فللحكومة أيضا أن تتمسك قبله بهذه النظرية اذا كانت الصفقة التى عقدتها تتهددها بخسارة فادحة بالنسبة الى الصفقة ذاتها ، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة اذ هى شىء هين بالنسبة الى ميزانيتها الضخمة . بل ان الارهاق لا ينتفى حتى ولو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتيه لا تتصل بالصفقة التى أصبحت مرهقة فى ذاتها . فاذا التزم تاجر بتوريد قمح ، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين التخزين وبين التزامه بتوريد القمح . ثم علا سعر القمح لحادث طارىء أضعافا مضاعفة ، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها فى الصفقة التى أبرمها . أما المكسب الذى يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به . ومن ثم نرى أن الارهاق معياره موضوعى بالنسبة الى الصفقة المعقودة ، لا ذاتى بالنسبة الى شخص المدين » الوسيط للسنهورى ، الجزء الأول ، ص ٦٤٥ .

يستند الى نظرية الظروف الطـارئة للمطالبة بالتعويض « بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة متميزة » ·

تقول المحكمة : « ومن ثم يجب أن يدخل فى الحساب جميع عناصر العقــد التى تؤثر فى اقتصــادياته ، واعتبار العقــد وحدة بحيث يفحص فى مجموعه ، لا أن ينظر الى أحد عناصره فقط ، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التى يتألف منها ، اذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التى أدت الى الخسارة · ومن ثم فان انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها الا بعد انجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد » [1] ·

ولكن يحدث فى العمل أن يمارس المتعاقد مع الادارة عدة أنواع من النشاط ، يقوم بينها اتصال يختلف ضعفا وقوة بحسب الأحوال · فكيف يقدر الارهاق فى هــذه الحالات ؟! تقوم الحلول التى يقدمها مجلس الدولة الفرنسى على الأسس التالية :

(أ) يجب أن يوضع فى الاعتبــار ــ عند تقدير الارهاق المشكو منه ــ جميع أوجه النشاط التى يمارسها المتعاقد ، والتى يقوم بينها اتصال وثيق ، بحيث يمكن اعتبــارها فرعا من الالتزام الأصلى فى العقد · فاذا كان العقد عقد امتياز مثلا ، وكانت الشركة الملتزمة تساهم فى شركة التزام أخــرى مماثلة ، فيجب أن يحسب فى تقدير الارهــاق ما تحصــل عليــه الشركة الملتزمــة من أرباح الشركــة الأخــرى[2] · كما يتعين أن يدخل فى أرباح الشركة أيضا حصيلة ما تبيعــه من منتجات ثانوية تتصــل بموضــوع الاستغلال الاصلى «La vente des sous. — produits de l'exploitation». [3] ··· الخ ·

(١) وانتهت المحكمــة فى الموضــوع الى أنه اذا كان المتعاقد قد حقق فى بعض شهور تنفيذ العقد أرباحا تكفى لمواجهة خسارته فى الأشهر الأخرى ، فانه ليس من حقه أن يطالب بالتعويض استنادا الى النظرية ·

(٢) حكم المجلس فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ فى قضية «Cie française d'eclairage» المجموعة ص ١٢٩٨ ·

(٣) حكم المجلس فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٨ فى قضية «Ville de Pezenas» المجموعة ص ٩٣ ·

في هذه الحالات ، يجب أن ينظر الى جميع أوجه النشاط الفرعية ككل لا يتجزأ من النشاط الأصلي موضوع العقد[١] .

(ب) واذا كان المتعاقد يمارس أوجها مختلفة من النشاط بمقتضى عقد واحـد كتنفيذ أشغال عـامة ، وادارة مرافق عامة عن طريق الالتزام أو مع توريد بضـائع للادارة ، فيجب عند تقدير الارهاق الذى يتعرض له المتعـاقد ، أن يوضـع في الاعتبار نتيجة جميـع الأعمال المنصوص عليها في العقد[٢] .

(جـ) ولكن لا يدخل في حسـاب الارهاق المتصل بعقد بعينـه ، نتيجة النشـاط الذى لا يعتبر فرعا من الالتزام الأصلي المنصـوص عليه في العقد ، كبيع مواد لا علاقة لها بموضوع العقد . وأوضح من الحالة السابقة أن يمارس المتعاقد نشاطا واحدا ولكن بمقتضى عقدين مختلفين لاختلاف جهة الادارة المتعاقدة في كل من العقدين ، فحينئذ يقرر الارهاق بالنسبة الى كل عقد على حدة[٣] .

---

(١) ونجد الألفاظ السـابقة في بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي . ففي حكمه الصادر في ١٠ أبريل سنة ١٩٣٠ في قضـية «Ville de Toulon» المجموعة ص ٤٨٠ يقـول «il faut envisager la convention dans son ensemble» وفي حكمه الصادر في ٣٠ مارس سنة ١٩٣٠ في قضية «Min des T.P.» (مجلة القانون العام ، سنة ١٩٣٠ ، ص ٧٩٠) يقول : «il faut tenir compte de tous les droits resultant pour le cocontractant de son contrat»

(٢) حكمه في أول يوليو سنة ١٩٤٩ في قضـية (Etab. Viala) المجمـوعة ص ٣١٨ ، وفي ٤ مايو سـنة ١٩٤٩ في قضـية (Ville de Toulon) المجموعة ص ١٩٧ ، وفي ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ في قضية (Ville de Toulon) المجمـوعة ص ٤٨٠ .

(٣) حكم المجلس في ٨ أغسطس سـنة ١٩٢٤ في قضـية (Gaz de Brive) المجموعة ص ٨١٧ وفي ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ في قضـية (Gaz de la cietat) المجموعة ص ١٩٦ وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٧ في قضـية (Potot) المجمـوعة ص ٦٤٢ .

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة

تقع فكرة الظروف الطارئة فى مركز وسط بين الحالة العادية التى يستطيع فيها المتعاقد أن يوفى بالتزاماته التعاقدية ، وبين حالة القوة القاهرة التى تؤدى الى تحرير المتعاقد من التزاماته · وهذه الفكرة هى التى تحكم الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة كما وضعها مجلس الدولة الفرنسى · ويمكن رد هذه الأفكار الى الأسس التالية :

١ ــ بقاء التزامات المتعاقد كما هى ·

٢ ــ حق المتعاقد فى الحصول على معاونة من الادارة ·

٣ ــ كون هذه المعاونة مؤقتة

وسوف نتولى شرح هذه الأسس الثلاثة على التوالى ، ثم نعقب عليها بتوضيح من الذى له أن يتمسك بالظرف الطارىء ·

الفرع الأول

بقاء التزامات المتعاقد

١ ــ ذلك أن الظرف الطارىء يمتاز بصفة أساسية ــ كما ذكرنا ــ بأنه لا يحرر المتعاقد من التزامه ، لأن هذا الالتزام ــ اذا كان مرهقا ــ فانه ممكن · وغاية النظرية ــ كما أوضح مجلس الدولة الفرنسى فى قضية غاز بوردو ــتمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة ، لأن كل اخلال بهذه الالتزامات لن يضار من ورائه الا المستفيدون·ومن ثم فقد حرص مجلس الدولة الفرنسى ، حين خلق النظرية لأول مرة على خلاف القواعد المدنية التقليدية لا سيما فى القانون الفرنسى ، أن يقرر صراحة :

«Il convient de decider d'une part que la compagnie est tenu d'assurer le service concédé ...».

واذا كانت النظرية قد تقررت لأول مرة بمناسبة عقد الامتياز فان مداها يشمل ـ كما ذكرنا ـ جميع العقود الادارية (بل وجميع العقود فى مصر) ولهذا فان الالتزام السابق ينصب على عاتق جميع المتعاقدين الذين يحاولون الاستفادة من النظرية ، كملتزم الأشغال العامة أو التوريد[1] ·

٢ ـ ويترتب على المبدأ السابق أنه يتعين على المتعاقد ـ الذى يريد أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة ـ أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارىء ، ما دام التنفيذ فى ذاته ممكنا ولم يتحول الظرف الطارىء الى قوة قاهرة تحول دون التنفيذ · فاذا توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته استنادا الى الظرف الطارىء ، فانه يتعرض لتوقيع الجزاءات التى عرضنا لها فيما سبق ، لاسيما عقوبة غرامات التأخير ، ولا يجديه نفعا الاحتجاج بهذا الظرف الطارىء[2] ·

أما فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة رغم التوقف ، فان مجلس الدولة يتبع سياسة مرنة : فقد يحكم بالتعويض استنادا الى نظرية الظروف الطارئة اذا قدر صعوبة الظروف التى تعرض لها المتعاقد المتوقف ، مع خصم غرامات التأخير من مبلغ التعويض[3] وفى حالات أخرى رفض المجلس التعويض ·

وبالمسلك الأول أخذت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ والذى سبقت الاشارة اليه · ذلك أن الشركة المتعاقدة قد توقفت عن توريد الزئبق لارتفاع أسعاره · ولكن

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ يونيو سنة ١٩٤٥ فى قضية (Ville de Bressuire) المجموعة ص ١٤٤ ·

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ فى قضية (Sté. d'éclairage d'Oloron) المجموعة ص ٦٨٢ ·

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٣ فى قضية (Charnit et Collet) منشور في مجموعة (Actual. jur. 1954, p. 66) .

الادارة تولت الشراء على حسابها بالأسعار المرتفعة ، فقضت المحكمة بأن هذا الشراء على حساب الشركة يفترض استمرار العقد منتجا لآثاره « فيقع على عاتها (الشركة) غرامة التأخير والمصاريف الادارية التى تكبدتها الوزارة فى عملية الشراء » وذلك مع تطبيق نظرية الظروف الطارئه ، بل وقررت المحكمة فى حكمها أيضا « أنه يجب أن يؤخذ فى الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التى أبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجىء فى أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه ، واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ ، وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة لاعفائها من التوريد وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها فى الارتفاع » ٠

ويحدث فى العمل أن يتحول الظرف الطارىء الى قوة قاهرة خلال فترة قصيرة من الزمن ٠ وحينئذ يكون للمتعاقد أن يتوقف عن التنفيذ خلال تلك الفترة ، ويتعين عليه أن يعاود التنفيذ متى زالت القوة القاهرة ، والا امتنع عليه الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة[1] ٠

الفرع الثانى

حق المتعاقد فى الحصول على معاونة الادارة

وفى هذه الخصوصية تختلف أحكام نظرية الظروف الطارئة فى القانون المدنى ، عنها فى القانون الادارى اختلافا جوهريا ٠ ومرجع هذا الخلاف الى سلطات القاضى فى كل من القانونين ٠ ففى نطاق القانون المدنى يستطيع القاضى أن يعدل من التزامات المتعاقدين ٠ فى حين أن القاضى لا يستطيع فى نطاق القانون الادارى أن يحكم

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٢ فى قضية (Commune de Gange) المجموعة ص ٦٤٧ وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٤١ فى قضية (Min. T. P.) المجموعة ص ٢٣ ٠

الا بالتعويض · ومن ثم فاننا ندرس أولا سلطات القاضى فى كل من القانونين ، وأساس هذا الخلاف ، ثم نتناول بالدراسة أساس التعويض الذى يحكم به القاضى فى نطاق القانون الادارى ومداه ·

١ - § سلطات القاضى فى مواجهة الظروف الطارئة

١ - نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى الجديد صراحة على اختصاص القاضى بقولها : « ··· جاز للقاضى ، تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ··· » ولقد كان المشروع النهائى للقانون المدنى - فى خصوص هذه المادة - ينص على أن القاضى ينقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول · ولما كان الانقاص لم يقصد به فى المشروع الانقاص المادى ، وانما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه،فقد رأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، توخيا للدقة فى تحرى هذا المعنى ، أن تعدل نص المشروع النهائى الى وضعه الحالى[1] · وعلى هذا الأساس ،يجوز للقاضى أن يحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى يزول الظرف الطارىء · وقد يرى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق ، وقد يرى انقاص الالتزام المرهق ، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بفسخ العقد ، لأن النص لا يخوله ذلك ·

ويلاحظ فى حالتى انقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل ، أن القاضى لا يرد الالتزام الى الحد المعقول الا بالنسبة الى الحاضر ، ولا شأن له بالمستقبل ، لأنه غير معروف ، فقد يزول أثر الحادث الطارىء ، فيرجع العقد الى ما كان عليه قبل التعديل ، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل[2] · هذا هو دور القاضى فى القانون المدنى ·

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٢٨٤ ، ٢٨٦ · ..

(٢) الوسيط للسنهورى ، الجزء الأول ص ٦٤٦ - ٦٤٩ ، والمراجع التى اشار اليها ·

٢ ــ وهذا الذى يستطيع القاضى المدنى أن يحكم به ، هو الغاية التى يستهدفها مجلس الدولة الفــرنسى من خلق نظرية الظــروف الطارئة ، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بما يحكم به القاضى المــدنى • فالمسلم به ان القاضى الادارى لا يستطيع اطلاقا أن يعدل نصــوص العقد • وهذه القاعدة مسلم بها فى نطاق القانون الخاص أيضا ، ولو لم يخول الشارع القاضى المدنى السلطات التى أشرنا اليها لما استطاع أن يمارسها وفقا للقواعد العامة فى الاختصاص • ولهذا فان دور القاضى الادارى ينحصر فى الحكم بتعويض[1] • غير أن مجلس الدولة الفرنسى ــ عن طــريق الحيلة ــ استطاع أن يصــل الى حــل وسط ، يستهدف المحافظة بقدر الامكان على قواعد الاختصاص ، مع محاولة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقــول ، وذلك عن طريق دعوة كل من الادارة والمتعاقد الى محاولة الاتفاق الودى • فاذا فشل الطرفان فى الوصول الى هذا الاتفاق ، فليس أمام القاضى الا سبيل واحد ، هو سبيل الحكم بالتعويض ، ومن ثم فان مجلس الدولة الفرنسى • يعلق الحكم بالتعويض على شرط عدم وجود اتفاق بين الطرفين «défaut d'accord amiable»[2]

٣ ــ ويمكن تبرير مسلك مجلس الدولة الفــرنسى على الأسس التالية :

(أ) ان مهمة القاضى كقاعدة عامة هى تفسير العقود ، وتطبيــق

---

(١) راجع على سبيل المثال حكم المجلس الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية (sté d'entreprises) المجموعة ص ٢٣ وقد جاء فيه :

«Il n'appartient pas au juge administratif de modifier les clauses d'un contrat librement acceptées par les parties».

(٢) وقد توصل مجلس الدولة الى هذه الحيلة وطبقها فى أول حكم وضــع به أساس النظرية ، وهو حكمه فى قضية « غاز بوردو » السابقة حيث يقول .

«Il y a lieu de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture, auquél il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se metter d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, de déterminer en téntant compte de tous les faits de la cause le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit».

أحكامها ، لا تعديل شروطها ، وهـذه قاعدة أساسية لا تختلف فيها العقود الادارية عن العقود المدنية كما ذكرنا ٠

(ب) ان القاعدة فى القانون الادارى ، أن القاضى لا يستطيع أن يأمر الادارة بالقيام بعمـل معين ٠ ولو أتيح له تعـديل الالتزامات التعاقدية ، لكان ذلك بمثابة اصدار أوامر للادارة ٠

(جـ) ان الادارة حين تضمن العقد شروطا معينة ، وتحمل المتعاقد بمقتضاها التزامات محددة ، فانها تستهدف تحقيق مصلحة عامة ٠ ولو أتيح للقاضى أن يعدل شروط العقـد رغم أنف الادارة ، فقـد تتعرض المصلحة العامة للخطر ٠ ومن ثم فان دواعى المصلحة العامة تقتضى أن تظل شروط العقد نافـذة ، حتى تقبل الادارة مختـارة تعديلها ، لأنها لن تفعل ذلك ، الا بعد أن تتأكد مقدما من أن المصلحة العامة لن تضار من جراء التعديل ٠ وهذا الاعتبار الأخير ، لا محل له فى القانون الخاص ، حيث يعمل كل متعاقد على تحقيق مصلحتـه الخاصة[1] ٠

ولما كان نص المادة ١٤٧ عاما ، يشمل جميع العقود التى تخضع للقانون المدنى ، وكانت عقود الادارة التى لا تتوافر فيها خصائص

---

(١) ولهذا فعندما نص المشرع على نظرية الظروف الطارئة فى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ اختلفت صياغة المادة السادسة منه عن صياغة المادة ١٤٧ من القانون المدنى ٠ فقد نصت المادة السادسة المشار اليها على ما يلى : « اذا طرأت ظروف لم يكن من المسـتطاع توقعها ، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام أو الى تعديل كيانه الاقتصـادى كما كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار ، واذا اقتضت الحال ، أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله ٠ وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى اسـتغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة الى القدر المقبول » فلم يجعل المشرع سـلطة التعديل للقاضى كما هو الشأن فى نص المادة ١٤٧ السابقة ٠ كما يلاحظ أن المشرع تأثر فى تعريف الظروف الطارئة بالآراء التقليدية ، فلم يضع فى الاعتبار التطور الحديث لمجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص ٠ ولما كان مجلس الدولة المصرى يعتبر أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قانونا كاشفا لا منشئا ، فان التعريف السابق لا يقيد القضاء الادارى المصرى فى صياغة أحكام نظرية الظروف الطارئة وفقا لمبادىء القانون الادارى ، وحسب مقتضيات هذا القانون ، لاسيما وأن القانون السابق يقتصر على عقود التزام المرافق العامة ولا يتناول سائر العقود الادارية ٠

العقود الادارية تخضع لذلك القانون ، فان نظرية الظروف الطارئة ـ كما حددتها المادة ١٤٧ السابقة ـ تطبق عليها • ومن ثم فان القاضى يملك بالنسبة اليها ، ما يملكه بالنسبة الى عقود الأفراد • وهكذا يقتصر الحكم الذى أشرنا اليه على العقود التى يختص مجلس الدولة المصرى بالنظر فى المنازعات المتعلقة بها ، وهى العقود الادارية على التفصيل الذى أوردناه فى القسم الأول من هذا المؤلف •

وبالرغم من وضوح هذا المبدأ الذى لم يخرج عليه القضاء الادارى فى مصر ، فان القضاء يستعمل أحيانا اصطلاحات غير معبرة ، تجاوز قصده ، سبق أن أشرنا الى بعضها ، ومنها أيضا ما ورد فى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١٤ يوليو سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٩٤) حيث تقول : « لما كانت الظروف أو الحوادث الطارئه التى أجاز القانون بالاستناد اليها للقاضى تعديل الالتزام المرهق الى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، تصلح سببا للادعاء بتعديل العقد أثناء تنفيذه ••• »

ولكن المحكمة الادارية العليا طبقت المبدأ السليم ـ لأول مرة فيما نعلم ـ بمقتضى حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) وذلك حينما نافست الادارة ملتزم تسيير الأتوبيس النهرى فسببت له أضرارا ، حاولت محكمة القضاء الادارى تعويضه عنها عن طريق تعديل شروط العقد • فبعد أن أوضحت المحكمة الادارية العليا شروط تطبيق كل من نظريتى عمل الأمير والظروف الطارئه عى النحو الذى سبق توضيحه ، ألغت المحكمة الادارية العليا حكم محكمة القضاء الادارى الذى قضى بتعديل شروط العقد ، وقضت بالتعويض الجزئى ـ اعمالا لنظرية الظروف الطارئة ـ وجاء فى حكمها بهذا الصدد قولها ، ان تعديل الاتاوة المتفق عليها « ينطوى على تعديل لشروط العقد بسبب حادث طارىء أثناء تنفيذه ، وهو أمر لا يملكه القاضى الادارى » •

٢ — § أساس التعويض ونطاقه

١ — على أى أساس قانونى يقوم التعويض الذى يحكم به القاضى فى حالة الظروف الطارئة ؟ لا يتفق الفقهاء على أساس موحد فى هذا الخصوص . وتدور الأسس التى يقول بها الفقهاء حول الأفكار التالية :

أولا : فكرة التوازن المالى للعقد «L'équilibre financier du contrat» ويقول بهذا الأساس الفقيه فالين[١] ، والفقيه د ىسوتو[٢] .

ولقد انتقد هذا الرأى الفقيه بيكنيو ، فى بحثه الذى أشرنا اليه مرارا ، ذلك أن فكرة التوازن المالى للعقد ، تؤدى الى التعويض الكامل ، واعادة مركز المتعاقد الى حالته قبل حلول الظروف الطارئة ، فى حين أن التعويض الذى يناله المتعاقد وفقا لنظرية الظروف الطارئه ، هو تعويض جزئى ومؤقت كما سنرى[٣] .

ثانيا : فكرة النية المشتركة للطرفين «La commune intention des parties» بمعنى أن القاضى يحكم بالتعويض عن الأضرار التى تترتب على الظروف الطارئة لأن نية الطرفين تنصرف الى آن يتحمل الطرفان المتعاقدان آثاره الضاره . ومن هذا الرأى العميد بونار[٤] ، كما أنه تردد فى تقارير بعض المفوضين مثل المفوض «Chardennet»

وهذا الأساس تعسفى فى معظم الحالات ، ولا يصلح دائما لتبرير القواعد البريتورية التى يخلقها القضاء الادارى ، ولو استتر خلف حيلة التفسير .

---

(١) مطوله فى القانون الادارى ، الطبعة الرابعة (سنة ١٩٤٦) ص ٤٠ .
(٢) Note au D. C. 1942. J. III et article; J. III. P. 1950 1. 817.
(٣) الملزمة رقم ٥١١ ، بند رقم ٣٩٨ .
(٤) موجزه السابق ، ص ٧٤٤ .

ثالثا : ويذهب الرأى الراجح فى نظرنا الى ارجاع التعويض الى الطبيعة الذاتية للعقود الادارية ، وصلتها بالمرافق العامة • فالأصل أن المرافق العامة يجب أن تؤدى خدماتها باستمرار ، وعلى الادارة أن تعمل على تحقيق هذه القاعدة • فاذا طرأت ظروف غير متوقعة ، وترتب عليها ارهاق المتعاقد ، فان على الادارة أن تهب الى معاونته للتغلب على تلك الظروف ، حتى يستطيع أن يتمكن من الوفاء بالتزاماته ، وبالتالى يستطيع المرفق أن يؤدى خدماته المعتادة دون توقف • واذا فالتعويض يستند الى ضرورات سير المرافق العامة ، والى قواعد العدالة[1] • وهو ما أقرته صراحة المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (سبق)حيث تؤكد « أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فرائد جهة الادارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ••• » •

واذا كان المشرع المصرى قد أقر النظرية فى نطاق عقود القانون الخاص ، غير ذات الصلة بالمرافق العامة ، اعمالا لقواعد العدالة ، ومنعا لاستغلال أحد الطرفين للمتعاقد الآخر ، فان النظرية أولى بالتطبيق فى نطاق القانون العام ، لوحدة العلة فى الحالتين ، زيادة على الاعتبارات المستمدة من صلة العقد الادارى بالمرفق العام • ولقد سبق أن ذكرنا أن مجلس الدولة فى فرنسا وفى مصر ، يرجع الى قواعد القانون الخاص فى مجال العقود الادارية ، كلما كانت هذه القواعد مجرد تقنين لمبادىء العدالة التى لا يختلف تقديرها فى مجالى القانونين العام والخاص • ولا شك أن نظرية الظروف الطارئة من هذا القبيل • ومن ثم فان تقرير النظرية فى القانون المدنى المصرى

---

(١) مطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١١٩ • ومطول الفقيه جيز فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٤٧٠ حيث يقول تبريرا للتعويض فى حالة الظروف الطارئة :

«Ce secours est raisonable, équitable ... Si la clause n'existe pas, il est équitable en même temps que de bonne politique de suppléer au silence du contrat».

تشريعيا يعتبر حجة اضافية للتسليم بالنظرية فى مجال القانون العام ، وهو المجال الأصيل لهذه النظرية كما ذكرنا ·

٢ ـ وعند الحكم بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة ، يلتزم مجلس الدولة الفرنسى القواعد الآتية :

أولا : فيما يتعلق بتحديد بداية الظروف الطارئة : وتحديد هذا التاريخ بالغ الأهمية · لأن حساب الخسائر التى يجوز المطالبة بالتعويض عنها على أساس نظرية الظروف الطارئة ، يبدأ منه · ويطلق عليه بالفرنسية عادة «Le seuil de l'imprévision» ويبدأ هذا التاريخ منذ اللحظة التى يتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذى كان يمكن توقعه عند ابرام العقد[1] · وما دامت الأسعار فى نطاق هذا الحد الأقصى ، فلا يمكن الحكم بتعويض · وكثيرا ما يذكر مجلس الدولة الفرنسى هذا المبدأ صراحة فى أحكامه · ومن ذلك قوله فى قضية «Commune de Tursac»[2]

«La hausse des prix n'a pas dépassé la limité de celles que les parties pouvaient evisager; dans ces conditions, aucune indemnité d'imprévision ne saurait allouée».

ثانيا : فيما يتعلق بتحديد الخسارة التى لحقت المتعاقد من الظروف الطارئة : يقدر مجلس الدولة الفرنسى الخسائر التى تلحق المتقاقد طيلة الفترة التى يستمرها الظرف الطارىء عى ضوء الاعتبارات الآتية :

(أ) النتائج الفعلية لاستغلال المشروع موضوع التعاقد «Les resultats effectifs de l'exploitation» ، فلا يجوز أن يدخل فى حساب

---

(١) ويطلق عليه بالفرنسية تسيمة «Le prix limite» ويستعمل مجلس الدولة الفرنسى هذا الاصطلاح كثيرا · راجع على سبيل المثال أحكامه الصادرة فى ٨ أغسطس سنة ١٩٢٤ فى قضية «Gar de Brive» المجموعة ص ٨١٨ وفى ٣ يناير سنة ١٩٣٦ فى قضية «Commune de Tursac» المجموعة ص ٦ وفى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٧ فى قضية «Petot» المجموعة ص ٦٤٧ ·

(٢) أشير اليها فى الهامش السابق ·

الأرباح والخسائر ما كان يمكن أن يعود على المتعاقد لو أنه قام بعمل معين[1] .

(ب) لا يدخل فى حساب الخسائر ، الأرباح التى حققها المتعاقد قبل حلول الظروف الطارئة . كما أنه عند حساب هذه الخسائر يجب أن يستبعد من التقدير الأرباح المحتملة فى المستقبل ، والتى قد يجنبها المتعاقد عقب زوال الظرف الطارىء[1] .

بل لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى الى أبعد من هذا ، وقرر أنه اذا استطالت فترة الظروف الطارئة الى بضع سنوات ، وحدث أن حقق المتعاقد أرباحا خلال سنة أو سنوات من تلك الفترة ، فان هذه الأرباح لا تستنزل من الخسائر النهائية للفترة كلها[2] .

(جـ) الخسائر التى يكون المتعاقد قد تحملها قبل بداية فترة الظرف الطارىء ، لا تدخل فى حساب الخسائر التى يجوز للمتعاقد أن يطالب بالتعويض عنها بطبيعة الحال ، بل يتحملها المتعاقد كضرب من ضروب المخاطرة التى يتعرض لها المتعاقد عادة . ولكن هذه الخسائر تستنزل من الخسائر النهائية التى تترتب على الظرف الطارىء . وهكذا لا تشارك الادارة الا فى الفرق بين الخسائر العادية المحتملة ، والخسائر التى تتجاوز الحد المعقول للأسعار[4] .

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ فى قضية «Ville d'Oran» المجموعة ص ٣٧٩ . حيث يقول :

«C'est à tort que les experts ont rattaché les recettes et les dépenss qui auraint été vraisamblment effectuées si les travaux d'expansion projetes avafent été exécutés au lieu de s'entenir aux resultats efectifs de l'exploitation d'après sa consistence réellé».

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ يونية سنة ١٩١٩ فى قضية «Gaz de Nice» سيرى سنة ١٩٢٠ القسم الثالث ص ٢٥ مع تقرير المفوض «Riboulet» وتعليق هوريو وفى ١٨ يناير سنة ١٩٢٤ فى قضية «Ville de Paris» المجموعة ص ٥٨ .

(٣) حكمه الصادر فى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ فى قضية «Gaz de la Ciotat» المجموعة ص ١٩٦ وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٢٦ فى قضية «Cie générale pour l'éclalrage» المجموعة ص ٦٣٣ وفى ٣٠ ديسمبر سنة ٩٢٧ فى قضية «Cie française d'éclairage» المجموعة ص ١٢٩٧ .

(٤) حكم المجلس فى ٨ أغسطس سنة ١٩٢٤ فى قضية «Sté d'eclairage de Brive» المجموعة ص ٨١٧ وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ فى قضية «Tramways de Besançon» المجموعة ص ١٠٣٦ .

(د) ولكن عند حساب الخسائر ، هل يوضع فى الاعتبار الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد والأسعار الجديدة ؟! أم الفرق بين أقصى سعر يمكن توقعه ، وبين الأسعار الجديدة ؟! لقد أقر مجلس الدولة الفرنسى الحل الأول . وهكذا تصبح فكرة « الحد الأقصى للأسعار المعقولة » (Le prix limite) شرطا لقيام الظرف الطارىء ولكن لا أثر لها فى تحديد الخسارة التى يتحملها المتعاقد من جراء طروء هذا الظرف[1] .

(هـ) يجب أن يوضع فى الاعتبار جميع أنواع النشاط المتصلة بموضوع العقد الأصلى ، أو التى ينص عليها العقد على النحو الذى أوضحناه فيما سلف .

(و) يخصم من قيمة الخسائر الفعلية التى تحملها المتعاقد نتيجة للظرف الطارىء ، ما يرجع الى أخطائه فى تنفيذ العقد ، كاهماله ، أو عدم اتباعه الوسائل الفنية المسلم بها فى التنفيذ[2] .
«négligence et insuffisance technique»

(ز) يدخل فى الجانب الايجابى لحساب الخسائر جميع ما يحصل عليه المتعاقد نتيجة للعقد سواء فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات الأصلية أو التبعية كما ذكرنا . ويشمل الجانب السلبى منها كل ما يتحمله المتعاقد بسبب تنفيذ التزاماته العقدية ، كالنفقات العامة لادارة المشروع . ويدخل فيها أجور العمال والموظفين ، ونفقات استهلاك

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ فى قضية «Sté le Centre éléctrique» المجموعة ص ١٢٢٩ حيث يقول :

«C'est à tort que le Conseil de prefecture a déduit du fait total une somme représentant la part afferant à une hausse prévisible du combnstible; en effet. c'est seulement pour la déterminnation du point de départ de la periode dimprévioion qu'il ya lieu de fair état de marge de hausse prévisible qui a pu être envissagée par les parties».

(٢) حكم المجلس فى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٢ فى قضية «Ville de Montfort-L'Abaury» المجموعة ص ٣٧٥ وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ فى قضية «Commune de Graulhet» المجموعة ص ١٠٦١ .

الآلات والمبانى ورأس المال ، ونفقات التأمين العـادية ، والضرائب والرسوم المفروضة على المتعاقد[1] ٠

ثالثا : فيما يتعلق بتوزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والادارة :
تقوم نظرية الظروف الطارئة على أساس مبدأ جـوهرى ، هو توزيع أعباء الخسارة الفادحـة المترتبة على الظـرف الطارىء بين الادارة والمتعاقد اذا لم تشأ الادارة أن تعدل الالتزامات التعاقدية بما يتفق والوضع الجديد ٠ ويخضع هـذا الموضـوع لمبـادىء رئيسية يمكن اجمالها فيما يلى :

(أ) يتعين أن يتحمـل المتعاقد جانبا من الخسـائر ٠ ولم يخـرج مجلس الدولة الفرنسى على هـذا المبدأ حتى الآن ، بالرغم من دعوة بعض مفوضى الدولة الى هجر هـذه القاعدة ٠ ولقد صور المفـوض «josse» هذا المبدأ فى تقريره الذى قدمه بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Tramways de Cherbourg» حيث يقول[2] :

«Vous savez avec quelle obstination on a cherché à vous faire modified sur ce point votre jurisprudence; invoquant la stabilisation des conditions économique, on vous a demandé de supprimer cette participation de l'exploitant au détficit contractuel; voue avsz constamment refusé».

وبهذه القاعدة الأصلية تمتاز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير ، والتى تنتهى الى تعـويض المتعاقد تعويضا كاملا كمـا رأينا ٠

(ب) ولكن قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، اذا كان قد استمسك بضرورة تحمل المتعـاقد لجـانب من الخسائر المترتبـة على الظـرف الطارىء ، فان قضاءه لا يجـرى على قاعدة موحدة من حيث نسـبة

---

(١) فى التفاصيل راجع مطول الفقيه دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٢٧ ٠

(٢) صدور الحكم فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ ، منشور فى مجموعة سيرى ١٩٣٣ القسم الثالث ، ص ٩ مع تعليق لاروك ، ومنشور أيضا فى مجموعة دالوز ، القسم الثالث ، ص ٧ مع تعليق «Pelloux»ومن أحكام المجلس الحديثة فى هذا الصدد حكمه الصادر ٤ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville de Toulon» المجموعة ص ٤٦٧ وفى أول يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية«Min. de la geurre» المجموعة ص ٣١٨ ٠

المشاركة بين الطرفين المتعاقدين • ومن الناحية العملية ، يجرى مجلس الدولة الفرنسى على جعل مشاركة المتعاقد رمزية • والنسبة المئوية الغالبة التى يلتزمها المجلس فى معظم أحكامه تحمل الدولة ٩٠٪ من الخسائر[١] وفى أحيان نادرة يحمل الدولة ٨٠٪ من الخسائر[٢] ، أو يزيد من نصيبها فيرتفع به الى ٩٥٪ منها[٣] •

(ج) وفى توزيع العبء بين الطرفين ، يراعى مجلس الدولة الفرنسى اعتبارات متعددة ، كموقف المتعاقد فى مواجهة الظرف الطارىء ومحاولة التغلب عليه والحالة الاقتصادية العامة للمشروع ، ومدى الاستقرار الاقتصادى فى الدولة عموما ، وتعنت الادارة فى معاملة المتعاقد اذا وجد ، كرفضها باصرار قبول تعديل شروط العقد لمواجهة الظرف الطارىء ، كزيادة الأسعار المتفق عليها فى العقد مثلا • كما أن القاضى يستطيع أن يضع موضع الاعتبار ، العناصر التى لا تدخل فى حساب الخسائر والتى أشرنا اليها فيما سبق ، كحصول المتعاقد على أرباح قبل حلول الظرف الطارىء ، أو خلال الظرف اذا امتد لأكثر من سنة ، أو اذا حقق المتعاقد مع الادارة أرباحا فى عقود أخرى لا علاقة لها بالعقد موضوع الدعوى[٤] •

وتطبق المحكمة الادارية العليا فى مصر ، ذات المبادىء • فهى فى حكمها الصادر ٣١ يناير سنة ١٩٨٤ (مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ٢٩ ، ص ٥٠٥) تقرر الأصول التالية :

---

(١) بحث الأستاذ بيكينو السابق ، ملزمة رقم ١١ ، فقرة رقم ٤٨٣ ، ومطول دى لوبادير ، الجزء الثالث ، ص ١٢٨ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Lagny» المجموعة ص ١٠٢٦ •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١١ يونيو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Min-Marine» .

(٤) حكم المجلس فى ٨ أبريل سنة ١٩٢٤ فى قضية «Sté. de Brive» المجموعة ص ١٨٧ ، وفى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ فى قضية «Gaz de la ciotat» المجموعة ص ١٩٧ وفى ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٦ فى قضية «Cie générale pour l'éclairage» المجموعة ص ٦٣٨ •

- ان أحكام نظريــة الظروف الطارئة تطبيق حتى ولو نفذت الادارة على حساب المتعاقد المقصر ٠

- كان التزام المتعاقد ينصب على توريد شعير وتبن ٠ وارتفع سعر الشعير بواقع جنيه ونصف ، ولم تعتبر المحكمة هذا الارتفاع مبررا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ٠ أما سعر التبن فقد بلغت الزيادة فيه عشرين جنيها فى كل جمل ، فاعتبرت المحكمة أن هذه الزيادة مبررة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ٠

- قضــت المحكمة بتوزيع الزيــادة بين المورد والادارة ، بحيث يتحمــل المورد خمســة عشر جنيها ، وتتحمل جهــة الادارة عشرة جنيهات ، وهو مسلك يسير على عكس ما يجرى علمه مجلس الدولة الفرنسى الذى يحمل جهة الادارة الجانب ا كبر من الخسارة على النحو السابق توضيحه(١) ٠

الفرع الثــالث

نهاية الظروف الطارئة

١ - تفترض نظرية الظروف الطــارئة - كما صاغها مجلس الدولة الفرنسى - تعرض المتعاقد لظروف مؤقته مصيرها الى الزوال ٠ ومن ثم فان النظرية تســتهدف - كما ذكرنا - تمكين المتعاقد من التغلب على هــذه الظروف ، حتى تعود الحالــة الطبيعية التى أبرم العقد فى ظلها ، ويتولى كل من الطرفين تنفيذ التزاماته كما حددها العقد ، وهذا ما وضحه مجلس الدولة الفرنسى فى قضية غازبودو التى كانت الأساس الأول لهذه النظرية حيث يقول :

«Une fois la période des difficultés passée, on reviendra à l'exécution normale du marché».

(١) أما الفوائد ، فقد أوقفت المحكمة الفصل فيها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا على أساس مدى مخالفة الحكم بالفوائد للشريعة الاسلامية التى قضى الدستور بأنها المصدر الرئيسى للتشريع ٠

وعودة التوازن المالى للعقد قد ترجع الى أحد سببين :

(أ) اما بناء على زوال الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التى كانت سببا فى ارهـاق المتعاقد ، كانخفاض الأسعار الى مستواها الطبيعى ، أو عودة العملاء أو الغاء القيود الاقتصادية ... الخ . وهنا لا صعوبة فى الأمر .

(ب) واما أن تتوقى الادارة دفع التعويض ، وتقبل مختارة أن تعيد النظر فى شروط العقد بما يعيد اليه توازنه . وكثيرا ما تلجأ الادارة الى هـذا الحل فى عقود التزام المرافق العامة ، فتقبل زيادة الرسوم التى يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بما يحقق توازن العقد . وهكذا تفلت من دفع مبلغ التعويض من الأموال العامة . وفى الحالتين ينتهى الظرف الطـارىء ، وبالتـالى تتحـلل الادارة من التـزامها بتعويض المتعاقد .

٢ — ولكن يحدث أحيانا أن يتبين استحالة عودة التوازن المالى للعقد ، ويثبت أن المتعاقد لن يمكنه الاستمرار فى تنفيذ التزاماته العقدية الا بمعاونة دائمة من الادارة . ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس توقيت الظروف التى يتعرض له المتعاقد ، فان مجلس الدولـة الفرنسى قد وضـع مبدأ لمواجهة هذه الحـالة الاستثنائية ، وكان ذلك فى حكمة الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ فى القضية المشهورة باسم[١] «Cie des tramways de Cherbourg» والتى تتلخص ظروفها فيما يلى : نظرا لانتشار وسائل النقل السريعة ، فان سكان مدينة شربورج قد انصرفوا عن استعمال الترام . وبالرغم من موافقة الادارة على رفع أسعار الركوب ، فان دخل المشروع كان أبعد من أن يغطى تكاليفه ، بدون اعانة دائمة من الادارة ، ولم يكن ثمة أمل فى أن يعود الى توازنه الاقتصادى . فلما عرض الأمر على

(١) سبقت الاشارة اليها .

مجلس الدولة الفرنسى أكمل أحكام نظرية الظروف الطارئة ، بوضع الأحكام الكفيلة بمعالجة هذه الحالة ، وذلك على النحو التالى :

(أ) اذا ثبت استحالة زوال الظرف الطارىء ، فان لكل من طرفى العقد الحق فى أن يطلب من القاضى تسجيل تلك الحالة • واذا تم ذلك تحررت الادارة من التزامها بالتعويض[1] •

(ب) على الطرفين فى هذه الحالة ، محاولة التفاهم على اعادة النظر فى شروط العقد بما يجعله قابلا للحياة ، كمحاولة الاسعاضة عن وسائل النقل العتيقة ، بوسيلة حديثة ، تعيد للمرفق توازنه الاقتصادى •

(جـ) اذا عجز الطرفان عن الوصول الى مثل الحل السابق ، فلا مناص من الحكم بفسخ العقد ، وينطق القاضى بهذا الفسخ اما بناء على طلب الادارة أو بناء على طلب المتعاقد • وقد يصحب الفسخ حكم بالتعويض لمصلحة أحد الطرفين اذا تكشف موقف الطرف الآخر عن تعنت كان هو السبب فى عدم الوصول الى اتفاق جديد • وسوف نرى أن مجلس الدولة الفرنسى يعتبر مثل هذه الحالة من قبيل القوة القاهرة التى تؤدى الى انهاء العقد •

وفى هذه الخصوصية تختلف نظرية الظروف الطارئة فى القانون العام عنها فى القانون الخاص : ففى هذا القانون الأخير ، لا يستطيع القاضى أن يحكم بفسخ العقد كما رأينا • واذا كانت المبادىء التى

---

(١) جاء فى تقرير المفوض «Josse» فى هذه القضية قوله :

«Toute la théorie de l'imprévision est basée sur cette idée que la période extracentractuelle est temporaire ? Si l'équilibre de la concession est définitivemnt compromis, il faut donc trouvr autre chose».

وجاء بالحكم قول المجلس :

«Dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont crée une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses depenses avc les ressources dont il disposes, le cocédant ne saurait être tenu d'accurer aux fraic dec contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cassé d'être viable».

قررها مجلس الدولة الفرنسى فى حكم ترام شربورج السابق ، ذات طابع عام ، وتصدق بالنسبة الى جميع العقود الادارية ، الا أنها فى الواقع من الأمر ، لم تطبق عملا الا بالنسبة الى عقود الامتياز لأنها وحدها التى يتراخى تنفيذهـا مددا طويلة تسمح بتطبيق المبادىء السابقة • هذا وقد تدخل المشرع الفـرنسى ، وتبنى الأحكام التى وضـع مجلس الدولة الفرنسى أساسها فى قضـية ترام شربورج ، وضمنها بعض التشريعات التى أصدرها فى هذا الخصوص ، والتى لا داعى لشرحها فى هذا المؤلف العام[1] •

الفرع الرابع

أحكام الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة

ونختم دراسـة نظرية الظروف الطـارئة ، ببيان الأحكام التى تنظم كيفية الاستفادة من النظرية ، فنتناول على التوالى دراسة :

أولا ــ أوضاع التمسك بالنظرية •

ثانيا ــ الاتفاقات التى ترد بخصوص نظرية الظروف الطارئة •

١ ــ§أوضاع التمسك بالنظرية

١ ــ من الذى له أن يتمسك بالنظرية ؟ لا صعوبة فى الاجابة على هذا التساؤل فى نطاق القانون الخاص ، فالمادة ١٤٧ المشار اليها ، تجعـل حق التمسك بالنظرية للمدين فى كل عقـد ، متى استوفيت شروط تطبيق النظرية وذلك دون تمييز بين المتعاقدين • وبالتالى فانه مما لا شك فيه أن للسلطات العامة الحق فى التمسك بالنظرية فى نطاق عقود القانون الخاص التى تبرمها الادارة • وفى هـذا المعنى يقول الدكتور السنهورى فى وسيطه « •• فللحكومة أيضا أن تتمسك قبله (المتعاقد الآخر) بهذه النظرية اذا كانت الصفقة التى عقدتها

---

(١) راجع شرحها فى مطول الأستاذ دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ص ١٣٣ وما بعدها •

تهـددها بخسارة فادحة بالنسبة الى الصفقة ذاتهـا ، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة اذ هى شىء هين بالنسبة الى ميزانيتها الضخمة[1] » ٠

أما فى نطاق القانون العام ، فان المسألة لم تثر عملا فيما يتعلق بتمسك الادارة بنظرية الظروف الطارئة[2] ٠ ولكن ليس هناك أى مانع قانونى يحول بين الادارة وبين الاستناد الى هذه النظرية ليتحمل المتعاقد معها جـانبا من الخسـائر المرهقة التى تترتب على الظـرف الطارىء[3] ٠ ولا شك فى أن التطبيقات العملية لهذا الفرض سوف تتوالى فى المستقبل نظرا الى انتشار المشروعات الاقتصادية المؤممة ، والتى تعتبر من أشخاص القـانون العام اذا أديرت فى صورة هيأة عامة ، وسوف تضطر الهيئات العامة الى التمسك بالنظرية فى عقودها مع الجهات الادارية الأخرى ومع الأفراد على السواء ٠

٢ ـ يتبين مما سبق أن التطبيقات القضائية لنظرية الظـروف الطارئة فى المجال الادارى تقتصر حتى الآن على الطلبات الصـادرة من الأفـراد ٠ ولا صعـوبة فى الأمر اذا قدم الطـلب من المتعـاقد الأصلى ، ولكن الأمر يحتاج الى شىء من التوضيح فى حالة تغير هـذا المتعاقد فى الحالات الآتية :

(أ) حالة التنازل عن العقد بموافقة الادارة «cession autorisée»

ان موافقة الادارة على التنازل عن العقد ، يؤدى الى خلق علاقة قانونية مباشرة بينها وبين المتنازل اليه ؛ وبالتالى فان المتنازل اليه يستطيع أن يمارس حقوق المتعـاقد الأصلى فى مواجهة الادارة ، ومن هـذه الحقوق المطالبة بتعويض عن الظروف الطارئة ٠ ولكن من أى تاريخ يستطيع المتنازل اليه أن يتمسك بالظروف الطارئة ؟ هل يستطيع أن يطالب بالتعويض عن ظروف طارئة ترجع الى تاريخ يسبق حصـول

---

(١) الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٦٤٥ ٠

(٢ و ٣) دى لوبادير ، الجزء الثالث ، ص ٨٦ ٠

التنازل ؟ أم يتعين أن تطرأ الظروف عقب هذا التاريخ الأخير ؟! لقد تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص :

ففي حكمه الصادر في ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ في قضية «Sauvage» [١] • أخذ المجلس بوجهة النظر الثانية • ولكنه عدل بعد ذلك عن هذا القضاء ، وخول المتنازل اليه الحق في المطالبة بالتعويض عن جميع الظروف الطارئة التي يكون من حق المتعاقد الأصلي المطالبة بالتعويض عنها • ولا شك أن هذا الحل الأخير أسلم من الناحية القانونية ، مادام أن المتنازل اليه يحل محل المتعاقد الأصلي بموافقة الادارة[٢] •

(ب) حالة التنازل عن العقد بغير موافقة الادارة : الأصل أنه لا يمكن التمسك بهذا التنازل في مواجهة الادارة كما رأينا • ومع ذلك فان مجلس الدولة الفرنسي قد خول المتنازل اليه التمسك بنظرية الظروف الطارئة ، اذا قام بتنفيذ العقد ، وتحققت شروط النظرية ، ولكن مع ارجاع أساس التعويض الى المسئولية شبه التعاقدية (responsabilité quasi contractuelle) [٣]

(ج) حالة موت المتعاقد وحلول الورثة محله في تنفيذ العقد :

---

(١) المجموعة ، ص ٢٩٠ •

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٨ يناير سنة ١٩٤٤ في قضية «Cne de Wimille» المجموعة ص ٣٥ وفي ١٠ يوليو سنة ١٩٤٩ في قضية «Ville d'Elbeuf» مجموعة سيري ، سنة ١٩٥٠ ، القسم الثالث ص ٦١ • وتجري صيغة المجلس التقليدية على النحو التالي :

«Le cessionnaire peut prétendre à une indemnité à compter du jours où il a personnellement entrepris l'exploitation s'il est établi que dès cette date l'économie du traité initial a été boulversée par des circonstances qui n'avaient pu être prévues lors de sa conclusion».

(٣) حكم المجلس في ٢٧ يونية سنة ١٩٣٠ في قضية (Philipe) وفي ١٦ يناير سنة ١٩٣١ في قضية (Bonniol) مجموعة سيري سنة ١٩٣١ القسم الثالث • ص ٥٧ مع تعليق مستر • ومنشور أيضا في مجموعة دالوز سنة ١٩٣١ القسم ص ٥ مع تعليق (Blaevoet) •

ويعامل مجلس الدولة الفرنسى هذه الحالة معاملة التنازل عن العقد بموافقة الادارة والذى عرضنا لأحكامه فيما سبق[١] .

٣ ــ ممن يقدم طلب التعويض وممن يطلب التعويض ؟ لا صعوبة فى الاجابة على هذا السؤال : ففيما يتعلق بشطره الأول ، فان طلب التعويض يقدم من المتعاقد الأصلى أو من يحل محله على التفصيل السابق . أما فيما يتعلق بالشطر الثانى ، فان التعويض يطلب من جهة الادارة المتعاقدة . وكل ما أثير فى هذا الخصوص ، هو مدى حق هذه الجهة فى الرجوع بالتعويض على الجهات الادارية الأخرى التى كانت السبب فى احداث الظرف الطارىء الذى نجم عنه الضرر . ولقد طرح هذا التساؤل على بساط البحث لأول مرة أمام مجلس الدولة الفرنسى فى قضية (Ville d'Elbeuf) والتى أشرنا اليها فيما سبق ، فقد كان مرجع الظرف الطارىء الذى عوض عنه مجلس الدولة الفرنسى صدور تشريعات تتعلق بتظيم الأسعار مما ترتب عليه ارهاق المتعاقد مع بلدية البيف . فلما حكم على البلدية بالتعويض ، حاولت أن ترجع بالتعويض على الدولة (actions récursoire) ، فرفض المجلس دعوى التعويض المرفوعة من البلدية ، ذلك لأن مسئولية الدولة عن التشريع لا يمكن أن تتحقق الا بتوافر شروط قاسية من العسير تحققها[٢] .

٤ ــ متى يقدم طلب الاستفادة من النظرية ؟ يمكن للمتعاقد أن يطلب التعويض عن الظرف الطارىء من أول لحظة يتحقق فهيا هذا الظرف وفقا للشروط التى أوردناها فيما سلف ، وذلك أثناء تنفيذ العقد ، أو حتى بعد تنفيذه . وهذا ما تؤكده محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٣٦) فبعد أن حددت شروط الظرف الطارىء استطردت قائلة « ... فاذا ما توافرت هذا الشروط يستوى أن يطالب المضرور بالتعويض خلال

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية (Dupart) المجموعة ص ١٠٨٥ .

(٢) راجع مؤلفنا « القضاء الادارى ورقابته لأعمال الادارة » المرجع السابق .

تنفيذ العقــد أو بعد وفائه بالتزامه التعــاقدى ··· » ويتعين على المتعاقد الانتظار حتى تمام التنفيذ اذا كان من غير الممكن تقدير مدى الخسائر المترتبة على الظــروف الطائة قبل هذا الوقت · وفى هــذه الصورة يتولى المتعاقد تقدير الخسائر النهائية التى لحقته من جــراء التنفيذ مع قيام الظرف الطارىء ، ويطــالب بها الادارة ، ويبــدأ التقادم من هذا الوقت[1] » ·

غير أننا نرى أنه لا مانع من المطالبة بتعويض مؤقت عن الظرف الطارىء لمعاونة المتعاقد على الاستمرار فى تنفيذ عقده اذا كان من شأن هذا الظرف أن يستمر مدة طويلة ، وليس فى وسع المتعاقد أن ينتظر حتى زواله ، فمثل هذا الحل لا يتنافى مع القــواعد العامة فى تقــدير التعــويض ، فضلا عن أنه يتفــق والحكمة التى تقوم عليها النظــرية وهى معاونة المتعاقد على التغلب على الظــرف الطــارىء ومواصلة التنفيذ تحقيقــا للصالح العام ، واعمــالا لمقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واستمرار ·

غير أن مجــلس الدولة الفــرنسى يستلزم من ناحية أخــرى أن يطالب المتعاقد بالتعويض عن الظروف الطارئه أمام محكمة الدرجة الأولى المختصة بحيث لا يستطيع المتعاقد ، الذى يهمل هذا الحق أمام تلك الجهة ، أن يطالب بالتعــويض لأول مرة أمام محكمة الدرجــة الثانية[2] ·

٢ ـ § الاتفاقات بخصوص الظروف الطارئة

قد تضمن الادارة عقودها مع الأفراد شروطا متنوعة بخصــوص مواجهــة الظــروف التى تطــرأ فى المستقبل ، وتؤدى الى ارهــاق

(١) حكم المجلس الصادر فى ١١ يونية سنة ١٩٤٣ فى قضية (Sté. des grands travaux de Marseille) المجموعة ص ١٤٨ ·

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية (Ville de Belfort) المجموعة ص ٥٧ وفى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٠ فى قضية (Ville de Commercy) المجموعة ص ٩٦ ·

المتعاقد • فما مدى شرعية هذه الشروط ؟ تختلف الاجابة عن هـذا السؤال باختلاف الفروض على النحو التالى :

أولا : الشروط التى تؤدى الى استبعاد المسئولية •

«Les clauses excluant l'indemnisation du contractant».

كان تشترط الادارة على المتعاقد معها مقدما النزول عن كل حق فى المطالبة بالتعويض عن الظروف التى تطـرأ بعد التعاقد • فاذا قبل المتعاقد هذا الشرط ، فان قضاء مجلس الدولة الفرنسى يجرى فى الوقت الحاضر على عدم مشروعية هذا النزول[١] •

وكان المجلس قد أخـذ بوجهة النظر الأخرى فى بعض أحكامه القديمة[٢] •

ولا شك أن مجلس الدولة الفرنسى فى قضائه الحـديث قد عاد الى المسلك السـليم ، ذلك أن نظرية الظروف الطارئة لا تعنى مجرد حصول المتعاقد على تعويض مالى ، ولكنها تستهدف تمكينه من التغلب على الصعاب المتولدة عن الظرف الطارىء ومواصلة التنفيذ تحقيقا لخير الجماعة • وعلى هذا الأساس فانها تتصل بالنظام العام • ومما يؤيد ذلك أن المادة ١٤٧ من القـانون المدنى قد نصت صراحـة على بطلان مثل هذه الاتفاقات بقولها : « ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك •• » فاذا كان هذا هو الشأن بالنسبة الى عقود القانون الخاص غير ذات الصلة بالمصلحة العـامة ، فان الحـكم يصدق من باب أولى بالنسبة الى العقود الادارية ذات الصلة الوثيقة بالمرافق العامة كما رأينا • وهذا هو المسلك الذى تعتنقه محـكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ (سبق) حيث تؤكد ، ان جهـة الادارة « لا تملك أن تضـع شرطا يحـول بين المتعاقد وبين التمسك بالقوة القاهرة أو الظرف الطارىء اذا وقع أيهما وتكاملت

---

(١) حكمه الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٤٨ فى قضية (Hospices de Vienne) وقد سبقت الاشارة اليه •

(٢) حكمه الصادر فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٣ فى قضية (Ville de Châteaudun)

شرائطه • ومناط هذا الحكم يرد الى طبيعة العقود الادارية التى من شأنها أن ترتب لكل من المتعاقدين التمسك بأى من هذين الحدثين ، فاذا كانت الادارة قد أخذت على المدعى التعهد بعدم الاحتجاج عليها بالقوة القاهرة أو الظرف الطارىء ، فان هذا الاشتراط غير مشروع لا يعتد به » •

ثانيا : الشروط التى تتوقع الظرف الطارىء وتحدد التعويض على أساس معين (Les clauses de variation ou révision des prix) .

هل يجوز للمتعاقد أن يلجأ الى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة على أساس غير المنصوص عليه فى العقد ؟! يجيب مجلس الدولة الفرنسى بالايجاب عن هذا التساؤل فى حالتين :

(أ) الحالة الأولى : اذا لم يمكن تطبيق الشروط المنصوص عليها فى العقد : وهذه الحالة طبيعية ، وترجع فى معظم الحالات الى التشريعات الاجتماعية التى تجمد الأسعار والأجور عند حد معين • وهذا هو المبدأ المستمد من حكم المجلس فى قضية (Ville d'Elbeuf) وقد سبقت الاشارة اليها •

(ب) والحالة الثانية : اذا لم تؤد الشروط المنصوص عليها دورها الطبيعى الذى يتفق ونية الطرفين[1] •

«La clause, en fait, n'a pas joué dans des conditions normales conformement aux prévisions des parties».

وذلك اذا أثرت الظروف الجديدة فى عناصر أخرى فى العقد لم تكن محل اتفاق بين الطرفين مثلا •

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٧ فى قضية (Sté. de distrib. de l'Ouest) المجموعة ص ٢٦٦ وفى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية (Dep. des côtes-du Nord et Ducos) مجموعة دالوز سنة ١٩٣٨ ، القسم الثالث ، ص ٤٦ وفى ١١ يونية سنة ١٩٤٧ فى قضية (Nadaud) وفى ٥ فبراير سنة ١٩٥١ فى قضية (Sté. des grands travaux de Marseille) المجموعة ص ٦٨ •

وفى هاتين الحالتين ، لا يستطيع المتعاقد أن يجمع بين التعويض المتفق عليه فى العقد ، والتعويض القضائى ، بل ينحصر حقه فى الحصول على الأعلى من هذين التعويضين[١] ٠

ثالثا : شرط الفسخ (clause de résiliation) اذا تضمن العقد - أو دفتر الشروط - نصا يخول للمتعاقد الحق فى طلب فسخ العقد فى حالة قيام الظروف الطارئة فان مثل هذا الشرط - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى الحالى - لا يحول بين المتعاقد وبين المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة[٢] ٠

رابعا : الاتفاقات التى تتم بين الادارة وبين المتعاقد بعد نفاذ العقد : هذه الاتفاقات لا تؤثر على حق المتعاقد فى المطالبة بالتعويض على أساس الظروف الطارئه ، اذا ثبت أنها لم تنجح فى تلافى الاختلال فى اقتصاديات العقد ٠ فاذا قبل المتعاقد مثلا زيادة فى الأسعار التى يتقاضاها من المنتفعين ، وتبين بعد ذلك أن تلك الزيادة لم تنجح فى مواجهة الظرف الطارىء ، فان ذلك لا يمنعه من الالتجاء الى القضاء الادارى للمطالبة بالتعويض[٣] ٠

خامسا : الاتفاقات التى تعقد بين الادارة وبين المتعاقد بقصد تنظيم الظرف الطارىء : وهذه الاتفاقات مشروعة - بطبيعة

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٣٦ فى (Commune de Tursac) المجموعة ص ٥ حيث يقول :

«Le cocontractant a droit à la plus élevée des indemnités qu'il peut reclamer, soit au titre de l'imprévision soit par application des clauses de contrat».

(٢) ذهب مجلس الدولة الفرنسى أولا وفى حكمه الصادر فى ١١ يوليو سنة ١٩٢٦ فى قضية (Morelle) المجموعة ص ٥٦٣ الى أن هذا الشرط يتنافى مع المطالبة بالتعويض ، ولكنه عدل بعد ذلك عن هذا القضاء ٠ راجع حكمه الصادر فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٥ فى قضية (Mas Gayet) المجموعة ص ٨٣٦ وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٦ فى قضية (Perperot) المجموعة ص ٤٢٤ وفى ٢٨ أغسطس سنة ١٩٤٢ فى قضية (Etal. Moisant) مجموعة سيرى سنة ١٩٤٥ ، القسم الثالث ، ص ١ مع تعليق مستر ٠ وفى ٧ مايو سنة ١٩٤٨ فى قضية (Royer) المجموعة ص ١٩٩ ٠

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Cie générale pour l'éclairage) المجموعة ص ٩٠٦ ، وفى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٧ ، فى قضية (Petot) المجموعة ص ٦٤٧ ٠

الحال ـ فلقد سبق أن ذكرنا أن مجلس الدولة الفرنسى يجرى باستمرار على دعوة الطرفين المتنازعين الى حل النزاع بينهما بطريق ودى ، وأنه لا يحكم بالتعويض الا فى حالة عجز الطرفين عن الوصول الى ذلك الحل . فاذا ما نجح الطرفان فى الاتفاق على كيفية تعويض آثار الظروف الطارئة بعد تحققها ، فلا شك فى سلامة مثل هذا الاتفاق . ولا يقبل مجلس الدولة من أحد الطرفين المنازعة فيه . ويقتصر دوه على تطبيق شروط الاتفاق اذا حدث بشأنها نزاع[١] .

المبحث الثالث

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

«Théorie des sujétions imprévues»

وهى ثالث وآخر النظريات التى خلقها مجلس الدولة الفرنسى لتأمين المتعاقد مع الادارة ضد المخاطر التى تعرض له فى تنفيذ التزاماته العقدية .

وندرس هذه النظرية وفقا للترتيب الذى التزمناه فى دراسة نظرية الظروف الطارئة ، فنتناول على الترتيب : التعريف بالنظرية ، وشروط تطبيقها ، ثم ما يترتب عليها من نتائج .

الفرع الأول

التعريف بالنظرية وأساسها

١ ـ هذه النظرية من خلق القضاء الادارى كشقيقتيها الأخريين ، ولكنها قديمة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، وترجع تطبيقاتها الى منتصف القرن التاسع عشر[٢] . ويمكن اجمالها فيما يلى : اذا ما صادف المتعاقد فى تنفيذ التزاماته صعوبات «des difficultés

---

(١) حكمه الصادر فى ١٧ يناير سنة ١٩٥١ فىقضية (Hospices de Montpellier) المجموعة ص ٧٧٧ .

(٢) راجع فى هذا الخصوص مقال الأستاذ فالين ، بعنوان :
«L'évolution récente des rapports de l'Etat aves ses contractants».
منشور فى مجلة القانون العام ، سنة ١٩٥١ ، ص ٢٧ وما بعدها .

«d'un caractère absolument ذات طبيعة استثنائية خالصة materielles»
anormal» ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند ابرام العقد ، وتؤدى الى جعل تنفيذ العقد مرهقا ، فان من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار ٠

٢ ـ وتطبيقات هـذه النظرية الغالبة تتواجد فى مجال عقـود الأشـغال العامة ٠ بل ان الفقيه دى لوبادير ، يؤكد أنه لا توجـد تطبيقات قضائية لهـذه النظرية فى خارج نطـاق عقود الأشـغال العامة[١] ٠ ولكنه سلم فى ذات الوقت ، بأنه لا توجد أسباب قاطعة ، تحـول دون تطبيق النظرية ـ متى توافرت شروطها ـ فى مجـال العقود الادارية الأخرى[٢] ٠

وهذا هو الرأى الذى يقول به أيضـا الفقيه جيز[٣] ، والفقيه بيكنيو[٤] ، وان كان قضاء مجـلس الدولة الفرنسى لا يشـجع على التسليم به : ففى احدى القضايا رفض أن يعوض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وكانت ظروفها كما يلى : حدث زلزال شديد حطم الأسلاك الممدودة تحت الماء ، والتى يعتمد عليها الملتزم فى استغلال المرفق العام ٠ فلما طالب الملتزم بنفقات اصـلاح هذه الأسلاك على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، رفض المجلس ، وان كـان قد سـمح له بالاسـتناد الى نظريـة الظروف الطارئة[٥] ٠

٣ ـ ويحدث أحيانا أن تتوقع شروط العقد الصعوبات المـادية

---

(١) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٠ حيث يقول :
«Ce n'est guère que dans le contentieux de ce marché que l'on en trouve des applications, et c'est dans ce cadre qu'on l'etudiera.».

(٢) مطول دى لوبادير ، المشار اليه فى الهامش السابق ٠
(٣) مطوله فى العقود ، المرجع السابق ، الجزء الثانى ، ص ٨٠٥ ٠
(٤) بحثه السابق ، الملزمة رقم ٥٢٥ ، بند رقم ١٠٤ ٠
(٥) حكم المجلس الصادر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٤ فى قضية (Cie française des cables telegraphiques» المجموعة ص ١١٩ ٠

التى قد يصادفها المتعاقد ، وتنظم أسس التعويض عنها ، وان كان ذلك نادر الحصول عملا . ولكن مجلس الدولة الفرنسى يطبق النظرية حتى ولو خلا العقد من النص عليها . ولكن ما الحل لو نص العقد صراحة على استبعاد المسئولية على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة ؟ لقد طرح هذا التساؤل على بساط البحث أمام مجلس الدولة الفرنسى ، بالنسبة الى الشروط التى ترد فى بعض العقود الادارية ، والتى تحمل المتعاقد مخاطر التنفيذ ايا كانت طبيعة الأرض ، أو الصعوبات التى يصادفها عند التنفيذ[1] . ويفسر مجلس الدولة الفرنسى تلك الشروط على أنها تعنى الصعوبات العادية «Les difficultés normales» أما بالنسبة الى الصعوبات غير العادية والاستثنائية «Les difficultés véritablement exceptionnelles» فان للمتعاقد الحق فى المطالبة بالتعويض عنها رغم تلك الشروط[2] .

غير أن وجود مثل هذه الشروط فى عقد من العقود ، يجعل القاضى يتشدد فى اعتبار صعوبات معينة من قبيل الصعوبات التى تخول الحق فى التعويض على أساس هذه النظرية[3] .

٤ — ولكن ما هو الأساس القانونى لهذه النظرية ؟

(أ) يقال عادة ان مرجع هذه النظرية الى « النية المشتركة للطرفين المتعاقدين » «La commune intention implicite des parties» على أساس أن السعر المتفق عليه فى العقد انما قصد به مواجهة التنفيذ فى ظروف عادية . أما الصعوبات غير المتوقعة ، والتى لم تخطر ببال الطرفين ، فيفترض أنهما قصدا أن يقدر مقابلها بطريقة خاصة .

---

(١) تجرى صيغة تلك الشروط على النحو التالى :
«Quelles que puisent être les difficultés rencontrées .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٣ فى قضية (Commune de Jeumont) المجموعة ص ٢٢٨ وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Etabl. Descours» المجموعة ص ١١٠٠ وفى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Gouv. gén. pe l'indochine) المجموعة ص ٩٣٧ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٦ فى قضية (Bové) المجموعة ص ٢٩٧ وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٣ فى قضية (Commune de Moissac) مجلة القانون العام سنة ١٩٥٤ ص ١٩٧ .

ومن هذا الرأى الفقية جيز ، الذى يقرر صراحة[1] :

«La commune intetion des parties lors de la passation du marché a été d'appliquer aux sujétions imprévues des prix spéciaux».

ويتبنى مجلس الدولة الفرنسى هذا الأساس فى بعض أحكامه[2] . ولكن هذا التبرير تعسفى فى كثير من الحالات ، لا سيما اذا لاحظنا أن مجلس الدولة الفرنسى يطبق النظرية رغم احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها .

(ب) وذهب الفقيه بيكينو الى رد هذه النظرية الى نظرية عمل الأمير أو الى فكرة المسئولية التقصيرية للادارة . ولكن هذا التبرير لا يكفى لمواجهة جميع الفروض ، اذ كثيرا ما يكون مرجع الصعوبات المادية الى غير عمل الادارة .

(جـ) ولهذا فان الرأى الراجح ، يعتبر هذه النظرية القضائية وليدة اعتبارات العدالة ، والطبيعة الذاتية للعقود الادارية ، نظرا للعلاقة الوثيقة بين العقود الادارية وبين المرافق العامة ، تلك العلاقة التى تجعل من المتعاقد معاونا ومساعدا للادارة فى تسيير تلك المرافق . وهذا هو الرأى الذى رجحه كل من الفقيهين فالين[3] ، ودى لوبادير[4] .

٥ — وبالرغم من حداثة القضاء الادارى فى مصر بصفة عامة ، وحداثة اخصاصه فى مجال العقود الادارية من ناحية خاصة ، فقد أتيح له أن يطبق هذه النظرية ، وأن يعرفها تعريفا مفصلا فى بعض

---

(١) مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٦٩١ .

(٢) فهو يقرر مثلا فى حكمه الصادر فى ٥ يوليو سنة ١٩٢٩ فى قضية «Yaher» (المجموعة ص ٦٧٦) أن :

(Le dit prix ne devait dans la commune intention des parties s'appliquer q'aux natures de terrains en vue desquelles il avait été établi. Le sieur Y ... s'est trouvé en présence d'une situstion absolument différente de celle qui avait été envisagée lors de l'adjudication).

(٣) مقاله السابق ، المنشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩٥١ ، والمشار اليه فيما سبق .

(٤) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٣ و ١٤ .

أحكامه ، لاسيما حكم محكمة القضاء الادارى الصـادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧[1] حيث تقول :

« ومن حيث ان المدعي يؤسس طلب التعويض فى هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظريـة « الصعوبات غير المتوقعة «Les sujétions imprévues» وهى من النـظريات التى ابتكـرها الفقـه والقضـاء الادارى ، ومقتضاها أنه **عند تنفيذ العقود الادارية ، وبخاصة عقود الأشغال العامة** ، قـد تطرأ صعـوبات مادية استثنائية لم تدخل فى حساب طرفى العقد وتقديرهما عند التعاقد ، وتجعل التنفيـذ أشد وطـأة على المتعـاقد مع الادارة ، وأكثر كلفـة ، فيجب ـ **من بـاب العدالة** ـ تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها فى العقـد **زيادة تغطى جميع الأعباء والتكاليف** التى تحملها اعتبارا بأن الاسعار المتفق عليها فى العقد لا تسرى الا على الأعمـال العـادية المتوقعـة فقط ، وأن **هذه هى نية الطرفين المشتركة** • والتعويض هنا لا يتمثل فى معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الادارة للمتعاقد معها ، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التى يتحملها المقـاول بدفع مبلغ اضافى له على الأسعار المتفق عليها • وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها النتائج المترتبة عليها عن نظرية « الظروف الطـارئة » (Théorie de l'imprévision) التى تطبـق بسـبب ظروف سياسـية أو اجتماعية ينشأ عنها قلب اقتصاديا العقـد أو اختلال توازنه المالى ، ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الادارة • كما تختلف أيضا عن حالة القوة القاهرة فى أنه يكفى فى حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيـذ أشد عسرا وأكثر كلفة ، فى حين أنه فى حالة القوة القاهرة يجب أن يصبح التنفيـذ مستحيلا • كما أنه يترتب على القوة القاهرة اما وقف التنفيذ أو فسخ العقد • أما فى حالة الصعـوبات المـادية غير المتوقعـة • فانه يفترض على العكس

(١) القضية رقم ٧٨٩٢ لسنة ٨ قضائية ، المقاول السيد مراد طه العارف ضد وزارة الأشغال ، وقد نشر ملخص القضية فى مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ، ص ١٥٢ •

الاستمرار فى التنفيذ · بسبب هذا الوضع الخاص للنظرية يشترط لاستحقاق التعويض المترتب عليها توافر شروط خاصة يمكن اجمالها بصفة عامة فيما يلى :

أولا : أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية ·

ثانيا : أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعة أو لم يكن فى الوسع توقعها عند التعاقد ·

ثالثا : أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها فى العقد وتزيد فى أعباء المتعاقد مع الادارة ·

وفى هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد مع الادارة الرجوع عليها بالتعويض · أما اذا تخلف شرط من هذه الشروط فان النظرية لا تطبق ، ولا يستحق المتعاقد مع الادارة أى تعويض ·

« ومن حيث ان شرط الصعوبة غير العادية أو الاستثنائية يختلف تحققه باختلاف الحالات التى تعرض فى مجال التطبيق ، وهو فى مجال خصوصية المنازعة الحالية لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التى صادفها المدعى (وهو يتولى تطهير ترعة) كانت ذات صلابة غير عادية ، بل يجب أن تكون هذه الطبقة امتددا غير عادى أيضا ، بأن تكون لمساحات واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد · وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير عادية أو استثنائية ، لأنه يدل على طبيعة أصلية فى التربة ذاتها ·

« ومن حيث ان مكعبات العقد المبرم مع المدعى جملتها ١٨٧٥٧٤ مترا مكعبا ، بينما بلغت الطبقة الصخرية ١٢٧٢ مترا مكعبا قام المدعى بتشغيل ١٢١٠ مترا مكعبا منها ، وهى كمية قليلة ، ونسبتها ضئيلة بالنسبة الى مكعبات العقد ، ومجموع كلياته ، اذ أنها عبارة عن متر مكعب واحد فى كل ١٥٥ مترا مكعبا بالتقريب · وبهذه النسبة لا يمكن اعتبارها صعوبة غير عادية فى التنفيذ بالمعنى المقصود من ذلك فى نظرية الصعوبات غير المتوقعة ·

« ومن حيث انه فضلا عما تقدم فان الشرط الخاص بوجـوب أن تكون الصعوبة طارئة أى متوقعة أو مما لا يمكن توقعة أو ليس فى الوسع توقعها ... هذا الشرط ينطوى الى حد كبير على معنى المفاجأة فى صورة معينة ، كان يجـد المتعاقد مع الادارة نفسه ازاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لابناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبه اليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الاقدام على المساهمة فى تسيير المرفـق العام والتعاقد بشأنه . وظـاهر من الأوراق أن المدعى ليس غريبا عن هذه العملية ، بل هو عليم بها ، بل بالمنطقة محل التعاقد بالذات ، كما أن فى شروط العقـد ما يكفى لتنبيهه الى أخذ الحيطة اللازمة لمواجهة الحال التى يتضرر منها ، بل ان فيها ما يشير صراحة الى أنه قد يواجه طبقة صخرية ...

ومن حيث انـه على مقتضى ما تقـدم يكون قد تخلف فى شـأن الواقعة محل النزاع الشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض على أساس نظرية الصعوبات غير المتوقعة التى يستند اليها المدعى ، ومن ثم تكون طلباته فى هذا الخصوص على غير أساس ... » .

ونجد خلافا فى التقدير ــ بهذا الصـدد ــ بين محكمة القضـاء الادارى والمحكمة الادارية العليا فى الحكم الصـادر من هذه المحكمة الأخيرة فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٧٧٨) فقد تعاقد أحـد المقاولين مع الادارة لحفر وردم خنادق ، ورمى برابخ ، وبناء حجرات التفتيش الخاصة بمشروع منطقة سنترال العباسية . وعند التنفيذ تبين أن الأرض محل الحفر كانت من ضمن توسيع الشارع ، وأن تحت الأرض أساسات خرسانية وخزانات مجارى ومياه لم يسبق لها مثيل ، أدت الى تأخير التنفيذ . فلما وقعت عليه الادارة غرامات التأخير ، طالب باسقاط هذه الغرامات ، وبتعويضه عن الصعوبات المادية غير المتوقعة ، فأجابته محكمة القضاء الادارى الى طلبه استنادا الى النظرية التى ندرسها . ولكن المحكمة الادارية العليا ألغت حكم

حكم محكمة القضاء الادارى ، استنادا الى أن البند ١٣ من الشروط العامة يلزم المقاولين بأن يتحروا بأنفسهم عن طبيعة التزاماتهم ، وأنهم مسئولون عن كل الصعوبات التى تصـادفهم منظورة أو غير مظورة . فالمحكمة تقر النظـرية ، ولكنها لم تقـر تطبيقها لتخلف شروطها .

ومن هذا العرض نرى أن مجلس الدولة المصرى يسلم بالنظرية ، وسوف نرى فيما بعد أن محكمة القضاء الادارى قد طبقتها فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ (س ٧ ، ص ١٠٤٧) .

الفرع الثـانى

شروط تطبيق النظرية

لكى تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، يجب أن يتوافر فى الصعوبات التى يصادفها المتعاقد أثنـاء التنفيذ شروط معينة ، أشارت اليها محكمة القضـاء الادارى فى حكمها السابق ، ونتولى تفصيلها فيما يلى :   لكك ٢٥ظ بصم دنيير صص

أولا : يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية «d'ordre materiel»

وهـذه الصعوبات المادية ، ترجع فى أغلب الحـالات الى ظواهر طبيعية . ومن ثم فان أكثر التطبيقات تتعلق بصعوبات مادية مرجعها الى طبيعة الأراضى التى تنفذ فيها الأشـغال العامة ، كأن تتكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية فى حين أن التنفيذ الطبيعى للعقد يفترض طبيعة سهلة . ومما له دلالته فى هـذا الخصوص أن معظم الأحكام التى صدرت من مجلس الدولة المصرى فى هذا المجال حتى الآن كانت الصعوبات المادية فيها من هذا القبيل : ففى حكمى محكمة القضاء الادارى الصادرين فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ ، وفى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ ، كان موضوع الأشغال العامة محل التعاقد ، تطهير ترعة ، وبدلا من أن يجد المتعاقد طمياً يمكن حفره بالفئوس العادية ، اذ به يصادف طبقات صخرية ، وأتربة متكتلة . تحتاج الى استعمال

آلات قطع الأحجار . وقد طبقت المحكمة النظرية فى حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (وقد سبقت الاشارة اليه) وان لم تشر الى النظرية صراحة . وكانت الصعوبة فى هذا الحكم أيضا ، أن المتعاقد على حفر احدى الآبار الارتوازية قد صادف طبقة صخرية لا يجدى فى ثقبها ما بين يدى المقاول من أدوات ، وتحتاج الى آلات حديثة لا يمكنه الحصول عليها .

كما أن الصعوبات فى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٩ ترجع - كما رأينا - الى وجود أساسات خرسانية وخزانات مجارى ومياه تحت أرض الشارع لم يسبق لها مثيل .

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسى النظرية فى حالات كثيرة ، منها الطبيعة الصخرية للأراضى والتى أشرنا اليها فى الأمثلة السابقة[1] . ومنها أن يفاجأ المقاول بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج الى نفقات غير عادية فى سحبها وتجفيف الارض[2] ، أ وأن تحدث انهيارات فى الأتربة بكميات ضخمة تستلزم جهودا غير عادية فى رفعها[3] ... الخ .

ولكن الصعوبات المادية لا ترجع فى جميع الحالات الى الظواهر الطبيعية ، فقد يكون مصدرها فعل بعض الناس من الغير ، كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل ، لم تظهر فى المواصفات التى على

---

(١) حكمه فى ٢٨ مارس سنة ١٨٩٠ فى قضية (albony) المجموعة ص ٣٧٧ ، وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٣ فى قضية (Commune de Jeumont) المجموعة ص ٢٧٩ وفى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Gouv. gén de l'Indochine) المجموعة ص ٩٣٧ وفى ٣٠ يونيو سنة ١٩٤٨ فى قضية (Min. de la Guerre) ص ٣٥٩ .

(٢) حكمه فى ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ فى قضية (Ville de Paris) المجموعة ص ١٠٥ وفى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Min. de Trav. publ. C. Druy) المجموعة ص ٦٤٨ وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ فى قضية (Caisse des dépôts) المجموعة ص ٢٢٧ .

(٣) (déblais de volume inattendu) حكمه الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٠٦ فى قضية (Martin) المجموعة ص ٢٣٩ ، وفى أول أبريل سنة ١٩٣٦ فى قضية (Bettle) المجموعة ص ٤٣٦ .

أساسها أعد العقد[1] ، أو أن يضطر المقاول الى اصلاح طريق ضرورة لتنفيذ الأشغال العامة[2] ... الخ .

ثانيا — يجب أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد الطرفين المتعاقدين : (étrangère au cocontractant) فالصعوبات المادية يفترض فيها ألا تكون من عمل الادارة . فاذا كان مرجعها الى فعل الادارة ، فان ذلك لا يعنى بطبيعة الحال عدم التزام الادارة بالتعويض ، وانما يستبعد فى هذه الحالة تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، مع احتمال تطبيق مسئولية الادارة على أساس نظرية عمل الأمير .

ويجب أيضا ألا يكون للمتعاقد يد فى احداث تلك الصعوبات أو زيادة آثارها خطورة ، وأن يثبت أنه لم يكن فى وسعه توقى آثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل . ويجب أخير أن يثبت أن المتعاقد لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته[3] .

ثالثا : يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند ابرام العقد (imprevisible) ويقدر هذا الشرط هنا بذات الأوضاع التى يقدر بها فى نظرية الظروف الطارئة ، على النحو الذى عرضنا له عند دراسة هذه النظرية . فعلى المتعاقد بطبيعة الحال ، قبل أن يقبل العقد ، أن يدرس طبيعة الأرض وأن يبذل الجهد المعقول ، والمطلوب من كل متعاقد حريص أن يبذله ، للاحاطة بكافة الصعوبات المادية التى من شأنها أن تصادفه عند التنفيذ . ولقد أشارت المادة ٧٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والمقابلة للمادة ٧٩ من اللائحة الملغاة) الى هذا

---

(١) (Canalisation non signalé au plan) حكم المجلس فى ٢١ يوليو سنة ١٩٣٧ فى قضية (Ville de Carcasson) المجموعة ص ٧٥٤ .

(٢) (refection d'une voie utilisée par l'entrepreneur) حكم المجلس الصادر فى ٥ فبراير سنة ١٩٣١ فى قضية (Ancona) المجموعة ص ١٣٧ .

(٣) حكم المجلس فى ٢٠ مارس سنة ١٩١١ فى قضية «Lazies» المجموعة ص ٢٨١ وفى ١٩ يوليو سنة ١٩٢٣ فى قضية «Ville de Paris» وفى قضية (Yaher) المجموعة ص ٨١٤ .

الالتزام بقولها : « يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وكل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة ، وعليه اخطار جهة الادارة فى الوقت المناسب بملاحظاته عليها . ويكون مسئولا عن جميع هذه الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه » . والى هذا الاعتبار استندت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ لكى تلغى حكم محكمة القضاء الادارى ، لأنه كان على المقاول أن يتحرى بنفسه عن تلك الصعوبات وكان فى وسعه أن يتوصل اليها .

فاذا كانت الصعوبات من نوع لا يمكن توقعه عند التعاقد وفقا للظروف التى أبرم فيها العقد فحينئذ يمكن طلب التعويض عنها ، وكثيرا ما يشير مجلس الدولة الفرنسى صراحة الى هذا الشرط فى أحكامه التى يصدرها فى هذا الصدد رغم اختزال تلك الأحكام . ومن ذلك على سبيل المثال قوله فى حكمه الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ فى قضية (Ville de Paris) وقد سبقت الاشارة اليها :

«Le Sieur M ... est fondé à réclamer une indemnité pour l'aggravation qu'il à subie des sujétions tenant à la présence des eaux telles qu'elles n'avaient pu entrer dans la comune prévision des parties lors de la passation du marché».

واذا كان المتعاقد ملزما بتحرى طبيعة الصعوبات التى قد تصادفه عند التنفيذ ، فان مجلس الدولة الفرنسى يضع فى الاعتبار مدى معاونة الادارة للمتعاقد فى هذا الخصوص ، ذلك أن اعمال مبدأ حسن النية فى التعاقد يقتضى أن تضع الادارة تحت تصرف المتعاقد كافة ما لديها من معلومات من شأنها أن تعاونه فى الوصول الى تلك الغاية . فاذا ثبت تقصير الادارة فى ذلك ، فان المجلس يمنح التعويض[1] .

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٥١ فى قضية (Sec. d'Etat à la Defense C. Debernardy) المجموعة ص ٣٨٥ ، ويقرر المجلس فى هذا الصدد :

«La génie n'a pas fait l'effort de prévision et de rédaction qui s'imposait pour donner loyalment à l'entrepreneur le moyen d'analyser à l'avance les répurcussions sur son prix des difficultés qu'il pouvait rencontrer».

أما اذا قصر المتعاقد ، وكان فى وسعه تبين الصعوبات المادية وقت التعاقد،فان مجلس الدولة الفرنسى يرفض التعويض[١] • وقد أبرزت محكمة القضاء الادارى المصرية هذا الشرط فى نهاية الفقرة التى اقتطفناها من حكمها الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ومن حيث انه فضلا عما تقدم فان الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس فى الوسع توقعها • هذا الشرط ينطوى الى حد كبير على معنى المفاجأة فى صورة معينة ، كأن يجد المتعاقد مع الادارة نفسه ازاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها ، لابناء على دفتر الشروط ، ولا من دراسته الأولية للشروع أو بالرغم مما نبه اليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الاقدام على المساهمة فى تسيير المرفق العام التعاقد بشأنه •• » •

وفى تلك القضية استند المجلس الى هذا الشرط ، للحكم برفض التعويض استنادا الى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة • وهو ذات المعنى الذى أبرزته المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ وقد سبقت الاشارة اليه أكثر من مرة •

رابعا : يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائى بحت : (d'un caractère absolument anormal) ذلك أن الصعوبات المادية ليست مطلق عقبات يصادفها المتعاقد عند التنفيذ ، ولكنها عقبات من نوع غير مألوف ، ولا يمكن أن تنتمى الى المخاطر العادية التى يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ عادة • وواضح أن هذا الشرط ينتهى بنا الى موقف ذاتى ، اذ يترك للقاضى أن يقدر فى كل حالة على

---

(١) حكمه فى ٩ يوليو سنة ١٩٢٩ فى قضية (Le clainche) المجموعة ص ٧٠٦ وفى ١٩ يونية سنة ١٩٣٥ فى قضية (Lefebvre) المجموعة ص ٦١٦ وفى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ فى قضية (Société Montcocol) المجموعة ص ١٠٥ •

حدة ، ما اذا كانت الصعوبات غير المتوقعة ، التى صادفها المتعاقد ، مما يمكن اعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الاستثنائية ٠ ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على التشدد فى تقدير هـذا الشرط ، كلما احتوى العقد على نصوص تحمل المتعاقد كافة المخاطر عندالتنفيذ(١) ٠

خامسا : ويضيف مجلس الدولة الفرنسى شرطا خامسا بالنسبة الى العقود الجزافية (Les marchés à forfait) وهى التى تتضمن تحديدا لكمية الأعمال المطلوبة ، تحديدا اجماليا لما تلتزم الادارة بدفعه من ثمن يقابلها(٢) ٠ فهذا الطابع الجزافى فى تحديد الثمن ، لا يحول ــ وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى ــ دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ٠ أو كما يقول فى حكمه الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Léauté) (٣) ٠

«Le caractère forfaitaire du marché ne fait pas obstacle à ce que l'entrepreneur puisse obtenir une indemnité pour les difficultés exceptionnelles et imprévisibles par lui rencontrées dans l'exécution des travaux».

ولكن المجلس يضيف الى الشروط الأربعة التى عرضنا لها فيما سبق شرطا خامسا بمقتضاه يتعين أن يكون من شأن تلك الصعوبات الاخلال باقتصاديات العقد(٤) (bouleversement de l'economie du contrat)

ويقدر هذا الاخلال باقتصاديات العقد بالنظر الى المبالغ الاضافية التى أنفقت نتيجة لمواجهة الصعوبات المادية ، منسوبة الى القيمة

---

(١) حكم المجلس فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ فى قضية (Dedeyn) المجموعة ص ٨٢٣ وفى ١١ مايو سنة ١٩٤٢ فى قضية «Sainrapt» المجموعة ص ١٩٩ وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ فى قضية (Dumez) المجموعة ص ١٢٦ وفى ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ فى قضية «Commune de Meissa C.» ٠

(٢) «Les clauses du contrat déterminent à la fois la quantité des travaux à excuter et la somme globale que l'administration devra payer à l'entrepreneur».

(٣) المجموعة ص ٨٣٠ ٠

(٤) حكمه الصادر فى ٦ مايو سنة ١٩٣٦ فى قضية (Min. Guerre C. Regnier) المجموعة ص ٥٠٨ وفى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Léauté) المجموعة ص ٨٣٠ وفى ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٨ فى قضية (Min. Guerre C. Société) المجموعة ص ٣٥٩ ٠

الاجمالية للعقد[1] : وفى هذه الخصوصية ، تلتقى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، مع نظرية الظروف الطارئة ٠

الفرع الثـالث

ما يترتب على النظرية من نتائج

يترتب على قيام الصـعوبات المادية غـير المتوقعة ، بتحديدها السابق ، ذات الآثار التى تترتب على عمل الأمير ، ونعنى بها :

أولا : بقاء التزامات المتعاقد رغم الصعوبات غير المتوقعة ٠ ذلك أن نظرية الصـعوبات المادية غير المتوقعة ـ شأنها شأن عمل الأمير والظروف الطارئة ـ لا تؤدى الى تحلل المتعاقد من التزاماته الا اذا أدت الى استحالة التنفيذ ، وحينئذ نصبح أمام فكرة القوة القاهرة ٠

ولكن اعتراض الصعوبات المادية للتنفيذ ، قد يؤدى الى اعفـاء المتعاقد من غرامات التأخر اذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للانتهاء من تنفيذ الأشغال موضوع العقد[2] ٠

ويترتب على هذا الشرط ، ضرورة استمرار المتعاقد فى التنفيذ رغـم مصـادفة الصـعوبات المادية غير المتوقعـة ٠ فـاذا توقـف ، فانه يتعـرض لمختلف الجزاءات التى أشرنا اليهـا فيما سـلف ، مع احتمال فقده لحق المطالبة بالتعويض على أساس نظـرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ٠

ثانيا : حق المتعاقد فى الحصول على تعويض يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات ٠ ويقدر هذا التعويض على أسـاس المبدأين التاليين :

---

(١) حكـم المجلس الصـادر فى ١٩ فبـراير سـنة ١٩٣٦ فى قضـية (Société T.H.E.G.) المجموعة ص ٢٢٤ ٠

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٩ يوليو سنة ١٩٠٥ فى قض (Commune de Dvingt) المجموعة ص ٥٤٥ ٠

(أ) مبدأ التعويض الكامل «L'indemnisation integrale» بمعنى أنه يتعين على الادارة – متى توافرت شروط النظرية – أن ترد الى المتعاقد كافة النفقات الاضافية التى تحملها لموجهة الصعوبات التى اعترضت التنفيذ العادى للعقد • وفى هذه الخصيصة تشارك نظرية الصعوبات المادية ، نظرية عمل الأمير ، وتختلف عما أوردناه فى خصوص نظرية الظروف الطارئة •

وفى القضية الوحيدة التى طبقت فيها محكمة القضاء الادارى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وانتهت فيها الى حل ايجابى ، لم تطبق هذا الشرط ، ونعنى بذلك حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ • فقد جاء فى هذا الحكم قولها « ومن حيث أنه عن الأمر الثانى الخاص بالصعوبة التى تبدت للمدعى عند البدء فى تنفيذ العملية بسبب الأتربة المتكتلة ، فان الثابت من الاطلاع على الملف الادارى للمقاولة أن المدعى شكا من هذا الأمر مرارا وقد عنى وكيل الوزارة بشكواه ففحصها ، وبعد أن انتقل كبير مهندسى المديرية ، فعاين وحصر فرق التكاليف ، رفع الوكيل تقريرا الى الوزير •• **ذكر فيه أن الصعوبة التى صادفت المقاول فى العمل أثناء حفره للأجزاء المتكتلة لم تكن متوقعة ، ولم يكن فى وسع المدعى ولا الحكومة توقعها** ، وعلى الأخص بهذه النسبة الكبيرة التى تقارب ٢٥٪ من مجموع العملية ، فقد بلغ مقدار الأجزاء المتكتلة ٢١٧٤٥٠ مترا مكعبا من مجموع العملية الكلى ، ويبلغ حوالى تسعمائة ألف متر مكعب ، **ومن لا يجوز التحدى بما ورد فى المادتين ٥٢ و ٦٢ من عقد المقاولة ، وتحميل المدعى بجميع النفقات التى تكبدها بسبب ذلك** ، اذ أن هاتين المادتين لا تواجه نصوصها مثل هذه الحالة ، وانما هى تواجه ما يوجد عادة فى عمل المتاريس وأعمال التطهير والتوسع من حصى أو أحجار متخلفة عن البرابخ ومبانى الفتحات ومبانى السواقى وآلات الرى الأخرى التى توجد عادة بالمساقى والمراوى والمصارف ••• » •

ويتضح من استعراض الفقرة السابقة أن الحكم يعنى بما لا يدع مجالا للشك نظرية الصعوبات المادية السابقة • ولكنه حين جاء الى مبدأ التعويض طبق عليه الأحكام الخاصة بنظرية الظروف الطارئة ، كما يتبين من باقى سياق الحكم حيث يقول : « ومن حيث ان العدالة تقضى بأن تشاطر الحكومة المدعى فى تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأتربة على الأخص بعد أن ذهبت المحكمة الى تحميله بما زاد من أجور العمال اذ اعتبرته من الأمور المتوقعة[1] •

« ومن حيث ان الثابت من تقرير وكيل الوزارة سالف الذكر ، والذى تأخذ به المحكمة فى هذا الشأن ، وتأخذ بالأسباب الواردة به ، أن الزيادة والتكاليف بسبب تكتل الأتربة تقدر بمبلغ ٢٢٨٠ جنيها يتحمل المدعى نصفها وتتحمل الحكومة النصف الآخر وقدره ١١٤٠ جنيها وهو ما يتعين الحكم بالزام الحكومة به » • وواضح أن المحكمة قد خلطت فى هـذه الخصوصية بين نظريتى الظروف الطـارئة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة • ولهذا حرصت المحكمة على التمييز

---

(١) كان المدعى فى هذه القضية قد طالب بتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة استنادا الى صدور قرار يقضى برفع أجور العمال ، فردت المحكمة على دعواه قائلة « ومن حيث ان نظرية الحوادث الطارئة تفترض أن الظروف الاقتصادية التى كأن يقوم عليهـا توازن العقد وقت تكوينه قد تغيرت تغيرا كثيرا عند تنفيذه لحادث لم يكن فى الحسبان فيختل التوازن الاقتصادى للعقد اختلالا خطيرا بحيث يصبح تنفيذ المدين للعقد يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف فى خسائر التجار • ويبين من ذلك أنه يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع ••• »•

وبتطبيق هذا المبدأ فى خصوصية الدعوى قالت : « ومن حيث ان ••• المدعى يرد الزيادة فى أجور العمال الى صدور الأمر العسكرى الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ بفرض اعانة غلاء معيشة للعمال مع أن عقد المقاولة قد تم توقيعه فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٢ أثناء قيام الحرب العالمية الثـانية وبعد نشوبها بأكثر من ثلاثة سنين ، وكانت الأجور متجهة نحو الارتفاع باستمرار • وأنه لما يقدره الشخص العادى أن الحرب يصحبها دائما غلاء فى الأسعار وصعود فى الأجور • فاذا ما تقرر وضع حد أدنى لأجور العمال بمبلغ ٧٥ مليما يوميا بعد أن كان ٦٠ مليما ، على فرض الأخذ بسعر العامل فى الأعمال الاضافية التى أشير اليها فى شروط المناقصة ، فان هذه الزيادة لا تخرج عن حد المعقول ، وتدخل ضمن حسن تقدير المقاول الحريص الذى يزن الأمور ويقدر نتائجها •• ومن حيث أنه والحال على ما تقدم ، فان المحكمة لا ترى محلا للأخذ بنظرية الحوادث الطارئة ••• » •

مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السابعة ، ص ١٠٤٧ •

بين النظريتين فى حكمها الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ (والذى سبقت الاشارة اليه) اذ تقول : « والتعويض هنا (فى تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة) لا يتمثل فى معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الادارة للمتعاقد معها ، بل يكون تعويضا عن جميع الأضرار التى يتحملها المقاول ، بدفع مبلغ اضافى له على الأسعار المتفق عليها وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة » .

وهكذا عادت المحكمة — على الأقل نظريا — الى التزام الشروط السليمة للنظرية .

الا أن المحكمة الادارية العليا قد عادت الى التشكيك مرة أخرى فى مبدأ التعويض الكامل ، وذلك فى حكمها الصادر فى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٩ (سبق) فبعد أن عرضت كل من محكمتى القضاء الادارى والادارية العليا لأحكام نظرية « الصعوبات المادية غير المتوقعة » بل وأعملتها محكمة القضاء الادارى — كما ذكرنا فيما سلف — ألغت المحكمة الادارية العليا حكم محكمة القضاء الادارى ، وجاء على لسانها قولها : ان الصعوبات التى استندت اليها محكمة القضاء الادارى للحكم بالتعويض الكامل « لا ترقى الى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لالزام الادارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة ، التى تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الادارى ، واستدامة سير المرفق العام الذى تخدمه » . فهذا الوصف يصدق تماما على نظرية الظروف الطارئة ، ولكنه بعيد تماما عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، التى لا يشترط فيها خسارة من نوع ما أشارت الية المحكمة الادارية العليا ، ويترتب عليها التعويض الكامل ، وسوف نزيد هذا الموضوع ايضاحا عند المقارنة بين النظريات الثلاث .

على أن مبدأ التعويض الكامل ، لا يحول دون أن يتحمل المتعاقد قيمة ما تسبب فيه بخطئه من زيادة فى الآثار الضارة للصعوبات

المادة غير المتوقعة ٠ وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة فى التعويض[١] ٠

(ب) وفى حساب التعويض الكامل يلجأ مجلس الدولة الفرنسى عادة الى السعر المتفق عليه فى العقد ، ليقدر التعويض على هداه[٢] ٠

على أن المجلس يقدر التعويض تقديرا مستقلا ، وعلى أساس الأسعار الجديدة ، اذا ثبت أنه عند مصادفة الصعوبات المادية كانت الظروف التى أبرم العقد فى ظلالها قد تغيرت ، أو اذا أدت الصعوبات المادية الطارئة الى تغييركامل فى الأسس التى روعيت عند تحديد الأسعار فى العقد[٣] ٠

وهذا أيضا مجرد تطبيق للقواعد العامة ٠

المبحث الرابع

مقارنة عامة بين النظريات الثلاث

رأينا عند دراسة نظريات عمل الأمير ، والظروف الطارئة ، والصعوبات المادية ، أن بين هذه النظريات الثلاث تشابها كبيرا ، قد ينتهى بالقارىء الى الخلط بينها ٠ ومن ثم فاننا نرى من كمال الفائدة ، ألا ننهى هذا الباب ، قبل أن نعقد مقارنة بين تلك النظريات الثلاث لتحديد أوجه الشبه وأوجه الخلاف بينها ، بما يبرز خصائص كل نظرية منها ٠

ومن ثم فاننا نعرض أولا لأوجه الشبه بينها ، ثم نبرز أوجه الخلاف بين النظريات الثلاث ٠

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٥١ فى قضية «Sec. d'Etat C. Dedenard»

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Gouvern. gen. Indochine) المجموعة ص ٩٣٧ ٠ وفى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية (Min. T.P. C. Drury) المجموعة ص ٩٤٨ ٠

(٣) حكم المجلس فى ٢١ يوليو سنة ١٩٣٧ فى قضية (Ville de Carcassonne) المجموعة ص ٧٥٤ ٠

الفرع الأول

أوجه الشبه

لا شك أن بين النظريات الثلاث أكثر من شبه · والملاحظ فى هذا الصدد أو الصلات بينها تزداد فى الوقت الحاضر نظرا لتطور قضاء مجلس الدولة الفرنسى لمواجهة الاقتصاد الموجه الذى تسير عليه معظم الدول الحديثة والذى أدى الى تغيير الأفكار التقليدية التى قامت عليها كل من تلك النظريات · ويمكن رد أوجه الشبه بينها الى الأفكار الآتية :

أولا : نشأت كل من النظريات الثلاث نشأة قضائية · ولما كانت المبادىء التى يخلقها القضاء تمتاز بالمرونة ، فان أحكام كل من النظريات الثلاث تتطور باستمرار كما رأينا · واذا كانت نظرية الظروف الطارئة قد نظمت تشريعيا فى مصر فى نطاق القانون الخاص ، فان مجلس الدولة المصرى ليس ملزما بأن يتقيد بنص المادة ١٤٧ من القانون المدنى ، الا بالقدر الذى يراه متفقا مع مقتضيات القانون الادارى ·

ثانيا : تقوم كل من النظريات الثلاث على أساس مسئولية الادارة بلا خطأ ، وبالتالى فان تسليم القضاء الادارى بتطبيق نظرية من النظريات الثلاث ، يفترض فى ذات الوقت أن التصرف الضار ، الذى يشكو منه المتعاقد ، لا يتضمن أى خطأ من جانب الادارة · فاذا أخطأت الادارة ، فلا يمكن اثارة مسئوليتها على أساس واحدة من النظريات السابقة ، بل تسأل فى نطاق المسئولية التعاقدية العادية ·

ثالثا : تشترك النظريات الثلاث فى أن الأمر الذى تتحقق به المسئولية فى نطاق كل منها يجب أن يكون غير متوقع · فاذا ما كان سبب الضرر متوقعا بأن نص عليه العقد مثلا ، وواجهته شروطه ، فان مسئولية الادارة فى هذه الحالة لا يمكن أن تثار الا على أساس الخطأ أو التقصير فى تنفيذ الالتزامات العقدية ·

رابعا : مجال كل من النظريات الثلاث يشمل جميع العقود الادارية ، بمعنى أنه يجوز - كما رأينا - لكل متعاقد أن يستند الى أى من النظريات السابقة اذا استوفى شروط تطبيقها ، مع ملاحظة ما سبق ذكره من أن معظم التطبيقات العملية لنظرية الصعوبات المادية توجد فى نطاق عقود الأشغال العامة .

خامسا : وأخيرا فان النظريات الثلاث تقوم على حكمة واحدة ، وهى مراعاة مدى صلة المتعاقد بالمرافق العامة ، ومعاملته على أساس أنه يعاون الادارة فى أداء وظيفتها . كما أن مجلس الدولة الفرنسى حين خلق هذه النظريات انما وضع نصب عينيه ما تتمتع به الادارة من سلطات خطيرة فى مواجهة المتعاقد معها ، وبالتالى فقد أراد أن يوازن تلك السلطات بحقوق مقابلة للمتعاقد ، حتى يشجع الأفراد على التعاقد مع الادارة ، ويمكن الادارة فى ذات الوقت من أن تتمتع بقدر من الحرية يمكنها من أن تحقق الصالح العام فى ظروف أفضل من تلك التى كانت تتعرض لها لو التزم المجلس قواعد القانون الخاص فى مجال العقود الادارية .

الفرع الثانى

أوجه الخلاف

على أن الذى يعنينا هو ابراز خصائص كل نظرية حتى يمكن أن تنفرد بذاتية تميزها عن شبيهتيها . واذا نحن تركنا التفاصيل جانبا ، وجدنا أنه يمكن التمييز بين النظريات الثلاث من النواحى الآتية :

أولا - من حيث الفعل الذى تتحقق به المسئولية .

ثانيا - من حيث شروط التطبيق .

ثالثا - من حيث الآثار التى تترتب على كل نظرية .

١ ـ § من حيث الفعل الذى تتحقق به المسئولية

١ ـ جرى الفقه الكلاسيكى فى أول الأمر كما ذكرنا على اقامة حواجز فاصلة بين مصدر كل من النظريات الثلاث ، فأرجع نظرية عمل الأمير الى المخاطر الادارية (aléa administratif) ونظرية الظروف الطارئة الى فكرة المخاطر الاقتصادية والتى ليست من عمل الادارة (aléa économique) ونظرية الصعوبات المادية الى الظواهر الطبيعية (aléa naturel) . ولم يبق محتفظا بقيمته من هذا التقسيم الثلاثى الا النظرية الأخيرة ، حيث لا يمكن تطبيق تلك النظرية ، اذا كان مرجع الصعوبات المادية الى فعل الادارة كما رأينا عند دراسة شروط تطبيقها .

ولكن التقسيمين الأول والثانى قد تداخلا على النحو التالى :

٢ ـ لا شك أن نظرية عمل الأمير تفترض صدور اجراء ـ عام أو خاص أو حتى فعل مادى ـ من جانب الادارة المتعاقدة . وبالتالى لا يمكن وفقا لقضاء مجلس الدولة الحديث ، أن تثار نظرية عمل الأمير اذا ما كان مرجع الاجراء الضار الى غير جهة الادارة اطلاقا (aléa non administratif) وهى الصورة التقليدية ، أو كان مرجعه الى جهة ادارية غير جهة الادارة المتعاقدة .

ولا شك أيضا أن نظرية الظروف الطارئة تطبق اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ـ كالحروب أو الفيضانات أو الوباء ... الخ ـ تؤدى الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب بما يترتب عليه ارهاق المتعاقد على النحو الذى فصلناه .

ولكن النظرية تطبق أيضا اذا كان مرجع الظرف الطارىء الى عمل الادارة ، ذلك أنه لا يمكن فى الوقت الحاضر التمييز بين المخاطر الاقتصادية والمخاطر الادارية بدقة نظراً لتدخل الادارة فى مجال الانتاج بكثرة ، ولتنظيمها الظروف الاقتصادية الى حد كبير . ومن

ثم فان الحدود الفاصلة التى نادى بها الفقيه جيز فى هذا الخصوص قد غدت غير ذات موضوع[١] .

ومن ثم فقد أعلن مجلس الدولة الفرنسى ـ كما ذكرنا ـ مبدأ تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة الى الأعمال التى تصدر من الادارة وتؤدى الى ارهاق المتعاقد . وقد تقرر هذا المبدأ فى أحكام كثيرة ، أشهرها حكمه الصادر فى ٤ مايو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville de Toulon» وفى ١٥ يوليو من ذات العام فى قضية «Ville d'Elbeuf» وقد سبقت الاشارة اليهما والى أحكام أخرى مماثلة .

ولكن هل يشترط فى الظرف الذى تتسبب الادارة فى احداثه أن يكون من عمل جهة ادارية غير جهة الادارة المتعاقدة ؟! ذلك ما يظنه البعض وما توحى به بعض العبارات الواردة فى حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Ville d'Elbeuf» ولكن الحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسى يطبق نظرية الظروف الطارئة سواء أكان مرجع الظرف الطارىء الى عمل جهة الادارة المتعاقدة أو غيرها .

ومن ثم يكون اشتراط نسبة العمل الضار الى جهة الادارة المتعاقدة هو شرط لتطبيق نظرية عمل الأمير . أما فى نطاق نظرية الظروف الطارئة فان مجال النظريتين واحد ، والخلاف يكون بالنسبة الى باقى الشروط[٢] .

٣ ـ وهكذا تمتاز نظرية عمل الأمير بأن العمل الضار يجب أن يكون منسوباً الى جهة الادارة المتعاقدة . وتمتاز نظرية الصعوبات المادية ، بأنها لا يمكن أن ترجع الى عمل الادارة (أو المتعاقد معها) بل هى باستمرار خارجة عن ارادة المتعاقدين ، أما نظرية الظروف الطارئة فتشارك النظريتين الأخريين فى مصدرهما : فقد يكون

---

(١) مؤلفه فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٤٩٧ . ولقد أخذ مجلس الدولة الفرنسى فى وقت من الأوقات بالمعيار القديم الذى يقول به الفقه جيز فى حكمه الصادر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية (Tanti) منشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩٢٥ ص ٧٦ مع تعليق الفقيه جيز .

(٢) وهذا فيما يتعلق بالأعمال المنسوبة الى الادارة ، أما فى خارج ذلك النطاق فان نظرية عمل الأمير لا تثار بطبيعة الحال .

مصدر الظرف الطارىء فعل جهة الادارة المتعاقدة وقد يكون مستقلا عن عمل الادارة اطلاقا . وهكــذا يوجــد مجال مشترك بين هــذه النظرية ، وبين كل من النظريتين الأخريين ، وبالتالى يكون مجال تطبيقها أوسع من مجالهما .

٢ - § من حيث شروط التطبيق

يكفى للاستفادة من أحكام نظريتى عمل الأمير والصعوبات المادية أن ينال المتعاقد أى ضرر ، فلا يشترط فى الضرر الذى يبرر تطبيق النظريتين أى قدر من الجسامة .

أما فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة فيتعين أن يصل الضرر الى درجة ارهاق المتعــاقد ، وأن يؤدى الى قلب اقتصــاديات العقد رأسا على عقب «bouleversement économique du contrat» .

وذلك مع ملاحظة مع ما سبق ذكره ، من اشتراط مجلس الدولة الفرنسى هــذا الشرط الأخير فى حالة طلب الاسـتفادة من نظرية الصعوبات المادية ، فى مجال العقود الادارية الجزافية «les marchés à forfait» .

٣ - § من حيث الآثار

اذا ما سلم مجلس الدولة بقيام نظرية عمل الأمير ، أو الصعوبات المادية ، فــان التعويض الذى يحكم به هو التعويض الكامل ، الذى يغطى جميع الأضرار التى تلحق المتعاقد .

أما فى حالة الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة ، فان التعويض يكون جزئياً ، مع ملاحظة الخطــة التى يجرى عليها مجلس الدولة الفرنسى ، والتى تحمل الادارة معظم الأضرار*، اذ تتروام النسبة التى تتحملها الادارة بين ٨٠٪ و ٩٥٪ من حساب الأضرار[١] .

(١) واذا كانت هذه النســبة تحمل الادارة كل الضرر تقريبا ، فيجب ألا يفهم من ذلك أن التعــويض فى حالة الظروف الطــارئة هو بعينه التعــويض فى حالة النظريتين الأخرين ، نظرا لأن التعويض فى حالة الظروف الطارئة يقدر على أساس الخســائر الفعلية التى تلحق المتعــاقد وفقا للقــواعد التى شرحناها ، فى حين أن التعويض فى الحــالتين الأخريين لا يقتصر على مجرد الضرر ، ولكنه يشمل أيضــا ما فات المتعاقد من ربح .

ولهذا فان تضييق مجلس الدولة الفرنسى من مجال نظرية عمل الأمير ، لحساب نظرية الظروف الطارئة ، قد جـاء فى غير صالح المتعاقدين ، لأن الظروف الطارئة لا يعوض عنها الا اذا أدت الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، أما عمل الأمير فيعوض عنه مهما كانت درجة الضرر • ومن ناحية ثانية فان التعويض عن الظروف الطـارئة هو تعويض جزئى ومؤقت لمساعدة المتعـاقد على تنفيذ التزاماته وحتى لا يضطر الى التوقف • أما التعويض عن عمل الأمير فهو تعويض كامل يغطى كل ما لحق المتعاقد من ضرر وما فاته من كسب •

ولكن هذا القضاء قد أفاد المتعاقد من ناحية أخرى ، اذ احتفظ له بخط الرجعـة ، وذلك اذا عجـز عن اثبات شروط عمـل الأمير ، فحينئذ لا يفقد كل أمل فى التعويض ، بل انه يستطيع أن يجرب حظه على أساس نظرية الظروف الطارئة •

الباب الرابع

أثر العقود الادارية بالنسبة الى الغير

تخضـــع العقود ــ فى نطاق القانون الخاص ــ لقــاعدة أصيلة ، هى قاعدة نسبية آثارها «La relativité des effets du contrat» فهل تسرى هذه القاعدة على العقود الادارية ؟ ذلك ما يختلف فيه الفقهاء :

فمنهم ــ كالفقيه دى لوبادير ــ من يرى خضوع العقود الإدارية لذات المبدأ المقرر فى القانون الخاص[1] ٠

ويرى فريق آخر ، منه الفقيه بيكنيو ، أن العقود الادارية تخرج على القاعدة المقررة فى القــانون الخاص فيما يتعلق بنســبية آثار العقود[2] ٠

ولو تركنا الاعتبارات النظرية جانبا ، لتبين لنا أن آثار العقود الادارية ، من الناحية العملية ، تتعدى المتعاقدين الى الغير ، فتفرض على هذا الغير بعض الأعباء ، أو تخوله بعض الحقوق أو المزايا ٠ ومن ثم فاننا ندرس هذا الموضوع على الترتيب التالى :

أولا ــ الأعباء التى قد تفرضها العقود الادارية على الغير ٠

ثانيا ــ الحقوق التى يستمدها الغير من العقود الادارية ٠

ثالثا ــ الأساس القانونى للآثار التى ترتبهــا العقود الادارية فى مواجهة الغير ٠

---

(١) مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٨٦ وما بعدها ٠
(٢) بحثه المشار اليه فيما سبق ، الملزمة رقم ٥١١ ، بند رقم ٤٩٢ ٠

المبحث الأول

الأعباء المفروضة على الغير

(Charges imposées aux tiers)

ولما كانت العقــود الادارية تتصل فرضا بتسيير المرافق العامة ، وكان المتعاقد يتعاون مع الادارة الى حد كبير فى تسيير تلك المرافق ، فــان الادارة قــد ترى منح المتعــاقد معها ــ لا سيما ملتزم المرافق العــامة ــ بعض السلطات التى تخــوله فــرض بعض الأعبــاء على الأفراد ٠

ويمكن ارجاع تلك الأعباء الى الحالات الآتية :

١ ــ § تفويض المتعاقد فى ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة

ومظاهر هذا التفويض متعددة يمكن التمثيل لها بما يلى :

أولا ــ تخــويل المتعــاقد ــ لا سيما فى عقود الأشغال العــامة والامتيــاز ــ حــق الاســتيلاء المؤقت «droit d'occupation temporaire» أو الحصــول على مواد من الأراضى المجاورة «droit d'extraction de materiaux» ⁽¹⁾ ٠

وأحيانا يخول العقــد للمتعاقد حق الاستفادة من ســلطة نزع الملكية اذا تطلب ذلك حسن تنفيــذ الالتزامات التعــاقدية كما فى حالة ملتزم المرافق العامة ٠

ثانيا ــ كثيرا ما ينص العقــد على منح المتعــاقد حق اســتعمال بعض أجزاء الدومين العام استعمالا خاصا «des droit privatifs sur une certaine portion du domaine public». ، وبالتالى يتضمن حرمان سائر الأفراد من الانتفاع بتلك الاجزاء من المال العام ، أو يفرض قيوداً على هذا الانتفاع ٠

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٩ يناير ســنة ١٩٣٧ فى قضــية «Grandet» المجموعة ص ٥٥ ٠

وللمتعاقد في هذه الحالات أن يستعمل دعــاوى وضــع اليد فى مواجهة سائر الأفراد الذين ينازعونه هذا الحق ٠

ثالثا ـ رأينا فيما سبق أن لملتزم المرافق العامة الحق فى الحصول على مقابل من الأفراد ، وأن هذا المقابل لا يعتبر مجرد أجر ، بل هو فى حقيقته رسم «taxe» يخضع لما يستلزمه هذا الوصف من أحكام ، فيعامل معاملة الضريبة ٠

رابعا : قــد تخول الادارة المتعاقد حــق استعمال بعض سلطات البوليس «des pouvoirs de police» اذا اقتضى تنفيذ عقده ذلك[1] ٠

ولقد سبق أن رأينا أن المادة ٧٧ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والتى تقــابل المادة ٨٨ من اللائحة الملغاة) تجعل مقاول الأشغال العامة « ٠٠٠ مسئولا عن حفظ النظــام بموقع العمل » ٠ كما تفرض عليه « ٠٠٠ اتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمــال أو أى شخص آخــر أو الاضرار بممتلكات الحكــومة أو الأفراد ، وتعتبر مسئوليته فى هــذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهــة الادارة » ٠ وهــو فى سبيل القيام بهــذا الواجب ، يملك أن يصــدر اجــراءات وتنظيمات يفرضها على عمــاله وعلى الغير ممن يتصلون بالعمل محل التعاقد ٠

خامسا : وأخيرا ، فان الموظف المعين بعقــد يمارس فى كثير من الحالات ذات السلطات التى يمارســها الموظف ذو المركز النظــامى ، وبالتالى فانه يستطيع أن يمــارس اختصاصاته فى مواجهة الغير ، وأن يفرض عليهم من الاجراءات والأعباء كل ما تستلزمه مقتضيات وظيفته ٠

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية (Ville de Dieppe) مجلة القانون العام سنة ١٩٢٥ ، ص ٦٢ ٠

٢ — § امتياز التقاضى «privilège de juridiction»

وتقتصر هذه الميزة — فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى — على عقدين فحسب من العقود الادارية ، وهما عقدا الامتياز ، والأشغال العامة • وبمقتضى هذه الميزة ، اذا تسبب مقاول الأشغال العامة أو الملتزم فى احداث ضرر للغير أثناء تنفيذ التزاماته العقدية ، فانه يقاضى أمام المحاكم الادارية لا أمام المحاكم القضائية • أما فى باقى العقود ، فان الدعوى ترفع أمام المحاكم القضائية •

وفى عقود الامتياز ليس للمضرور الا أن يقاضى الملتزم ، فلا يستطيع أن يرجع بالتعويض على الادارة[1] الا اذا ثبت اعسار هذا الأخير[2] •

أما فى عقود الأشغال العامة ، فان المضرور يستطيع أن يقاضى المقاول أو الادارة ، باعتبار أن الادارة هى صاحبة الأعمال والمسئولة عنها (maître de l'ouvrage) [3]

وهذا القضاء استثنائى ، ولا يمكن تبريره على أساس القواعد العامة ، لا فى الاختصاص — كما درسناها فى القسم الأول من هذا المؤلف — ولا بالنسبة الى القواعد الموضوعية فى المسئولية •

وعلى أية حال فاننا لم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الموضوع حتى الآن •

---

(١) حكم المجلس فى ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ فى قضية (Sté Andrieu) مجموعة سيرى ، سنة ١٩٤١ ، القسم الثالث ، ص ٤٦ وفى أول مايو سنة ١٩٤٢ فى قضية (Sté. du Gaz de Marseille) المجموعة ص ١٤٢ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ فى قضية (Ville d'Alfortville) مجموعة سيرى سنة ١٩٤٥ ، القسم الثالث ، ص ٥٢ •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٦ يونية سنة ١٩٣٧ فى قضية (Gouv. Gén. de l'Indochine) المجموعة ص ٦٠٠ ، وفى ٦ مارس سنة ١٩٣٧ فى قضية (Reichl) مجموعة سيرى ، سنة ١٩٣٢ ، القسم الثالث ، ص ١٠٨ وفى ٢٥ أبريل سنة ١٩٤١ فى قضية (Ville de Sait Claude) المجموعة ص ٧١ ، وفى ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ فى قضية (Sté des Etab, Arnodin) المجموعة ص ٢٦ •

٣ ـ § استثناء المتعاقد من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة

فى بعض الحالات تضمن الادارة عقودها شروطا تخول المتعاقد معها بعض الامتيازات التى لا تتمشى مع قواعد المنافسة الحرة (Libre concurrence) ولا مع ضرورة مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة (L'égalité de tous devant les charges publiques)

ومن أوضح الأمثلة على ذلك شرط عدم المنافسة (Le privilège d'exploitation à titre exclusif) والذى يخول المتعاقد حق منع غيره من المواطنين من ممارسة ذات النشاط الذى يمارسه بمقتضى عقده مع الادارة • ولقد سبق أن رأينا أن القضاء الادارى فى مصر وفى فرنسا يسلم بشرعية هذه الشروط • ومن هذا القبيل أيضا ، ما يرد فى عقود القرض ، وبعض عقود امتياز المرافق العامة ، من اعفاء المتعاقد من بعض أنواع الضرائب ، بصفة دائمة أو لفترة محددة فى العقد[1] • (des clauses d'immunité fiscale ou d'exemption d'imports)

المبحث الثانى

الحقوق التى يستمدها الغير من العقد

يستطيع الغير ـ بصفته غيرا ـ أن يتدخل فى مجال العقود الادارية ، وأن يطالب ببعض الحقوق أو بالزام الادارة أو المتعاقد معها باتخاذ موقف معين • ويمكن أن ندرج فى هذه الحالات ، الصور الآتية :

١ ـ § حق الغير فى أن تبرم العقود الادارية وفقا للقانون

وهذا الحق ـ بالمعنى الواسع ـ لا يقتصر فى الحقيقة على العقود الادارية بمعناها الفنى ، ولكنه يشمل جميع عقود الادارة • ذلك

---

(١) حكم المجلس فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٩ فى قضية (Comp. des chemins de fer de l'Ouest) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٣٩ ، ص ٥٨ مع تقرير المفوض جوس وفى ٢٠ يوليو سنة ١٩٣٨ فى قضية (Hébert) مجلة القانون العام سنة ١٩٣٨ ص ٥٨١ •

أن الادارة ليست حرة كما رأينا فى اختيار المتعاقد معها ، ولا تملك أن تبرم عقودها كما تشاء وكما يفعل الأفراد ، ولكنها مقيدة فى معظم الأحوال ـ وعلى التفصيل الذى أوردناه فى القسم الثانى من هذا المؤلف ـ بأوضاع معينة يتعين عليها احترامها • فاذا خرجت على مقتضاها ، حق لكل ذى مصلحة ، وهو من الغير بالفرض ، مقاضاة الادارة ، وذلك عن طريق طلب الغاء القرارات الادارية المنفصلة (Les actes détachables) والتعويض عنها ، اذا ترتب على مخالفة الادارة للقانون ضرر ، كما لو استبعدت عطاء أحد الأفراد بدون وجه حق ، أو أرست المناقصة على غير صاحب العطاء الأول تعسفا[1] • ولقد سبق أن شرحنا أحكام ذلك بالتفصيل • واذا كان الفقهاء يدرجون هذه الحالة فى مجال الحقوق التى يستمدها الغير من العقد ، فانها فى حقيقتها ليست كذلك ، لأن الغير الذى يطعن فى قرار ادارى منفصل ، لا يستند فى الطعن الى نص فى عقد ادارى ، وانما يستند الى نصوص القوانين واللوائح • كما أنه لا يستقيم القول بأن الغير يستمد حقه فى الطعن من العقد ، وهو فى حقيقة الأمر يستهدف بالطعن الغاء العقد • واذا كان مجلس الدولة الفرنسى لا يعلق سلامة العقد على نتيجة الحكم فى طلب الغاء القرار المنفصل ، فلقد رأينا أن هذا القضاء غير منطقى ، وقد بدأ يتحول عنه المجلس ، ومن ثم فاننا لا نؤيده • ولهذا فان الأدق فى تلك الحالة ، أن نقول ان الغير لا يستمد حقه فى الطعن بالالغاء أو بطلب التعويض من العقد ذاته ، ولكن من النظام القانونى الذى وضعه المشرع للعقود الادارية •

٢ ـ§ الحقوق التى يستمدها الغير من النصوص المدرجة لصالحه فى العقد :

ولا نعنى بهذه الحالة وضع المنتفعين بالمرفق العام ، مما سنعرض له بعد قليل ، ولكن نقصد بها غيرهم ممن يتصلون بالعقد • فكثيرا

(١) بحث الفقيه بيكينو السابق ، الملزمة رقم ٥١١ ، البند رقم ٥١١ . (ذات الرقم) •

ما تضمن الادارة عقودها مع الأفراد شروطا لصالح بعض الطوائف الذين يمسهم تنفيذ العقد ، ومن ذلك على سبيل المثال :

(أ) أن تشترط الادارة على المتعاقد أن يؤمن ضد الأضرار التى قد تصيب الغير من جراء تنفيذ العقد ، لا سيما فى عقود الأشغال العامة والتى يتضمن تنفيذها مخاطر غير عادية بالنسبة للأفراد(١) ٠

(ب) وكثيرا ما تضمن الادارة عقودها شروطا لصالح العمال الذين يستخدمهم المتعاقد ، لا سيما فى عقود الأشغال العامة وامتيازات المرافق العامة التى تقتضى استخدام أعداد كبيرة من العمال ، مع استمرار العمل لسنوات طويلة(٢) ٠

(جـ) وأخيرا ، فان الادارة — درءا لمسئوليتها التى أشرنا اليها فيما سبق — كثيرا ما تضمن عقود الأشغال العامة والامتياز ، شروطا لصالح الملاك الذين يجاورون المكان المخصص لتنفيذ تلك العقود ، وحينئذ يكون من حق هؤلاء الملاك الاستناد الى تلك الشروط لحماية مصالحهم(٣) ٠

٣ — حقوق المستفيدين فى مواجهة ملتزمى المرافق العامة :

وهذه هى أبرز صور امتداد آثار العقود الادارية الى غير المتعاقدين ، والتى لاخلاف عليها بين الفقهاء ٠ فالذى لا شك فيه أن المستفيدين فى حالة عقود الامتياز ، يستمدون من تلك العقود حقوقا مباشرة ، يستطيعون ممارستها ، لا فى مواجهة الملتزم فحسب ، بل فى مواجهة الادارة أيضا ٠

---

(١) حكم النقض الفرنسى ، الدائرة المدنية ، الصادر فى ١٠ يونية سنة ١٩٤١ فى قضية (Wadislas Bester) ، مجموعة دالوز سنة ١٩٤٢ ، ص ١١٠٤ ٠

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٧ فى قضية (Synd. des Employés des secteurs électriqus de la Seine) ، دالوز سنة ١٩٢٨ ، القسم الثالث ، ص ٤١ مع تعليق فالين ٠

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ فى قضية (Storch) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٠٥ ص ٣٤٦ . مع تعليق جيز ٠

حق المستفيد فى مواجهة الادارة : يستطيع المستفيد ــ كما ذكرنا ــ أن يلجأ الى القضاء الادارى ، بطلب الغاء القرارات الصادرة من الادارة ، والتى تخول الملتزم حق مخالفة ما يرد فى عقد الامياز من شروط • وهو يستطيع أيضا طلب الغاء القرارات الضمنية نتيجة رفض الادارة التدخل لاجبار الملتزم على احترام شروط العقد ، اذا أخل الملتزم بتلك الشروط • وقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص قديم ، ويرجع ــ كما رأينا ــ الى حكمه الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٦ فى قضية «Syndicat de la Croix de Seguey-Tivoli» وما يزال المجلس يلتزمه حتى الآن •

ومن هذا القبيل حكمه الصادر فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٢ فى قضية «Comp. Air. France» [1] • بل ان قضا مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص قد تطور فى سبيل التوسعة على المتقاضين ، ذلك أن المجلس كان يتجه فى أول الأمر الى احالة المستفيد الى قاضى العقد للحصول على حكم بتفسير نص العقد الذى يستند اليه فى طلب الالغاء اذا كان هذا النص يحتاج الى شىء من التفسير[2] • أما الآن ، فان المجلس يميل الى تفسير النص بنفسه تمهيدا للفصل فى طلب الالغاء[3] •

---

(١) المجموعة ص ١٣٤ ، وقد جاء فى الحكم قول المجلس :

«Cons. qu'en vue d'assurer le développement et l'exploitation de l'aéroport de Marseille — Marignane, qui lui a été concédé par decret du 3 jan. 1934, la Chambre de commerce de Marseille a autorisé l'installation de resvois et d'appareils de destribution de combustibles et de lubrifinats à l'intérieur de cet établissement moyennant le painement de taxes homologuées ... et payées par les sociétés bénéficiant de ces installations.

«Que la compagnie requérante, étant usagère de l'aéroport a qualité pour discuter devant la juridiction compétent le droit de l'autorité concedente relatif à l'organisation ou au fonctionnement du service concédé; que sa recquête tend à l'annulation de la décision ministrielle d'homologation par le motif que cell-ci aurait été prise en méconnaissance du contrat de concession, auque ladite compagnie n'a pas été partie; que par suite, elle est recevable ......».

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية (Baudin) دالوز فى سنة ١٩٣٨ ، القسم الثالث ص ٧٦ •

(٣) حكم المجلس فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ فى قضية (Roche de Tilloy) دالوز سنة ١٩٣٧ ، القسم الثالث ص ٥ مع تعليق (Heilbronner) •

وللمستفيد أيضا أن يلجأ الى قاضى العقد لاجبار الادارة على تمكينه من الاستفادة من العقد الادارى وفقا لنصوص هذا العقد . وذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه الصادر فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٦ فى قضية «Gey» [١] فقد تقدم هذا المواطن الفرنسى للبلدية بطلب تمكينه من الحصول على الكهرباء من الشركة الملتزمة بالاضاءة . ولما لم يجب الى طلبه لجأ الى القضاء الادارى للحصول على حكم من ذلك القضاء بأحقيته فى اقتضاء تلك الخدمة ، فقرر المجلس فى حكمه السابق :

«Il apartenait au conseil de Préfecturs, juge dudite contrat, de statuer sur toutes les difficultés pouvant résulter du refus opposé par la commune à la demand du sieur G.».

حق المستفيد فى مواجهة الملتزم : وللمستفيد فى هذه الحالة — وكما رأينا فى القسم الأول من هذا المؤلف — أن يقاضى الملتزم على أحد أساسين :

الأول : على أساس العقد الذى يربط بين الملتزم والمستفيد ، وذلك أمام المحاكم القضائية على اعتبار أن هذا العقد من عقود القانون الخاص وعلى التفصيل السابق .

الثانى : بالاستناد الى عقد الالتزام ذاته . فحينئذ يكون للمستفيد ، وفقا لحكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية[٢] (Union Hydro-Electrique de L'Ouest-Constantinois) أن يلجأ الى القاضى المدنى للحصول على حكم فى مواجهة الملتزم بأحقيته فى الحصول على الخدمة التى يقوم المرفق بأدائها[٣] .

---

(١) المجموعة س ٩٠٠ .
(٢) مجموعة سيرى ، سنة ١٩٣٨ ، القسم الثالث ، س ٦٥ مع تعليق لاروك .
(٣) راجع التفاصيل فى موضعها من هذا المؤلف .

المبحث الثالث

الأساس القانونى لامتداد آثار العقود الادارية الى الغير

ان الآثار التى أشرنا اليها فى المبحثين السابقين يتمتع بهـا غير المتعاقدين اما استنادا الى شروط فى العقـد ، واما بغير نص فى العقـد · فهل يعتبر ذلك استثناء من قـاعدة نسبية العقـود ؟ ذلك ما سوف نبحثه عند تعرضنا للأسس التى قيل بها تبريرا لامتداد آثار العقود الادارية الى الغير ·

ويمكن ارجاع تلك الأسس الى الأفكار الآتية :

أولا : نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ·

ثانيا : الطبيعة الذاتية للعقود الادارية ·

ثالثا : تبرير كل حالة على حدة ·

ونتولى فيمـا يلى دراسـة تلك الأفـكار ، على أن نعقب عليهـا بتحديد معنى الغير فى مجال العقود الادارية ·

الفرع الأول

نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

(Théorie de la stipulation pour autrui)

١ ــ وهى النظرية المقـررة فى القانون الخاص لتبرير امتدار آثار العقود الى غير المتعاقدين · وقد ورد النص عليها فى المواد من ١٥٤ الى ١٥٦ من القانون المدنى على النحو التالى :

مادة ١٥٤ : « ١ ــ يجوز للشخص أن يتعاقد باسمة على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، اذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية · ٢ ــ ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك · ويكون لهذا المتعهد

أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد . ٣ ـ ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، الا اذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك » .

مادة ١٥٥ : « ١ ـ يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد رغبته فى الاستفادة منها ، ما لم يكن فى ذلك مخالفا لما يقتضية العقد ٢ ـ ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط الا اذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك . وللمشترط احلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة » .

مادة ١٥٦ : « ويجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد ، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة » .

٢ ـ وواضح من النصوص السابقة أنه لكى تتحقق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

أولا ـ أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع ، دون أن يدخل المنتفع طرفا فى العقد .

ثانيا ـ أن يشترط المشترط على المتعهد حقا مباشرا للمنتفع .

ثالثا ـ أن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية[١] .

٣ ـ وقد لجأت المحاكم القضائية الى هذه النظرية لتبرير بعض آثار عقود الامتياز فى مواجهة المنتفعين ، فى فرنسا[٢] . وفى مصر

---

(١) الوسيط للسنهورى ، الجزء الأول ، ص ٥٧٣ .

(٢) حكم محكمة السين ، الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩١٦ فى حكم (Douai) مجلة القانون العام سنة ١٩١٦ ص ٢٤١ ، وحكم محكمة (Delille) الصادر فى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية (Comp. Boulonnaise d'Eclairage) منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٤٠ ، القسم الثانى ، ص ١٩ مع تعليق فالين .

أيضا ، فقد أورد الدكتو السنهورى فى وسيطه ضمن تطبيقات هذه النظرية ، الشروط التى ترد فى عقــود الاحتكار والتزام المرافــق العامة لصالح المنتفعين ، وتلك التى تتضمنها دفاتر الشروط لصالح العمال من حيث ساعات العمل ، والتعويض عن الاصابات ٠٠ الخ فى مجال عقود المقاولات[1] ٠

٤ ــ ويسلم فقهاء القــانون العام ــ بل وبعض أحكام مجــلس الدولة الفرنسى ــ بوجود بعض التطبيقات لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير فى مجال العقــود الادارية ٠ والواقــع أنه ليس ثمة مانع من تطبيق فكرة الاشتراط لمصلحة الغير فى نطاق العقــود الادارية متى توافــرت شروطها ، ذلك أن أحكامها لا تتعــارض مع مقتضيات سير المرافق العامة ، التى تهيمن على أحكام تلك العقــود ٠ ومن أوضح تطبيقات النظرية حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٧ يونيو ســنة ١٩٣٨ فى قضية[2] «Chemin de fer de la Camargue» وتتلخص ظروف تلك القضــية فيما يلى : منحت احدى المقاطعات الفرنسية لشركة من الشركات حق استغلال مرفق من مرافق السكك الحديدية المحلية بمقتضى عقد امتياز ، وضمنت المقاطعة هذا العقــد ، شرطا بمقتضاه احتفظت للدولة بحــق مد خطوط تليفونية فوق المنطقة المخصصــة للمرفق موضــع الاتفاق ٠ ولما حدث خلاف حول تفسير هــذا الشرط ، أوضح المفوض (Lagrange) الذى نيط به دراسة هــذه القضية ، أن الشرط موضع الخلاف هو من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير[3]، وبالتالى فان قاضى العقــد هو وحده المختص بالفصل فى مثل هذا النزاع ٠ وبهذا التوجيه أخذ مجلس الدولة الفرنسى صراحة فى حكمه السابق حيث يقول :

---

(١) الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الأول ص ٥٧٣ ، والأحكام التى أشار اليها ٠

(٢) منشور فى مجموعة دالوز ، سنة ١٩٤٠ ، القسم الثالث ، ص ٥ مع تقرير المفوض (Lagrange) ٠

(٣) بمعنى أن (المقاطعة) تشترط لصــالح الدولة ، وكلاهما شخص معنوى عام مستقل عن الآخر ٠

«L'Etat fonde sur les clauses inérées à son profit dans le traité, qu'ainsi la créânce dont il entend se prévaloir se rattche directement à l'exécution dudit contrat de concession, que c'est par suite au censeil de préfecture qu'il appartenait de statuer sur le litige dont s'agit».

ومعنى هـذا الحكم ، أن المستفيد انما يستمد حقا مباشرا من العقد وبالتالى فان قاضى ذلك العقد هو الذى يختص بكل نزاع يدور حول تفسير الشرط أو يثيره تنفيذه[1] .

٥ ـ ولكن امكان تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فى مجال العقود الادارية ، لا يعنى صلاحية تلك النظرية لتفسير الآثار التى ترتبها العقود الادارية فى مواجهة الغير فى جميع الحالات :

فالنظرية تطبق بلا أدنى شـك فى كل حالة تستوفى شروط التطبيق التى أشرنا اليها فيما سلف . وأوضح ما يكون ذلك فى عقود الأشغال العامة بالنسبة الى الشروط التى تتضمنها تلك العقود، والتى ترد لصالح العمال ، وقد سبق أن أشرنا الى أمثلة لها ، وذكرنا أن المشرع نفسـه كثيرا ما يلزم الادارة بالنص على تلك الشروط فى العقد .

ومن تلك الحالات أيضا النصوص التى ترد فى العقود الادارية باستمرار والتى تجعل المتعاقد الأصـلى مسئولا مباشرة فى مواجهة الادارة والعمال فى حالة نزوله عن العقد الى مقاول آخر بموافقة الادارة[2] .

ولكن النظرية لا تصلح لتبرير آثار العقود الادارية فى مواجهة الغير فى كثير من الحالات ، ونعنى بالذات حالة الالتجاء الى نظـرية الاشتراط لمصلحـة الغير لتبرير المـزايا والحقـوق التى يستمدها

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٧ فى قضية **(Syndicat des employés de secteurs électrique de la Seine)** منشور فى مجموعة دالوز ، سنة ١٩٣٨ ، القسم الثالث ص ٤١ ، مع تعليق الأستاذ فالين .

(٢) بهذا المعنى حكم النقض الفرنسى الصـادر فى ١٣ مارس سـنة ١٨٨٩ ، منشور فى مجموعة سيرى سنة ١٨٨٩ ، القسم الأول ص ٢٦٣ وفى ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ ، مجموعة سيرى سنة ١٩٠٢ ، القسم الأول ، ص ٣٦٠ .

المستفيدون من عقود الامتياز ٠ وينادى بهذا التكييف فقهاء القانون المدنى فى العادة[١] ٠

ولكن هذا التبرير ترفضه غالبية فقهاء القانون العام ، كما انتقده بعض المفوضين صراحة فى تقاريرهم المقدمة الى مجلس الدولة الفرنسى[٢] ٠ ويوجه الفقهاء الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير — كأساس عام ، لتبرير آثار العقود الادارية فى مواجهة الغير ، فى مجال عقود الامتياز بصفة خاصة ، والعقود الادارية بصفة عامة — الانتقادات التالية :

أولا — يشترط لتطبيق النظرية أن يكون المستفيد معينا أو ممكن التعيين ٠ وهذا الشرط من العسير تحققه ، نظرا لأن الادارة تستطيع فى كل وقت أن تتدخل فى عقود الامتياز ، وأن تعدل شروط الانتفاع فتدخل بين المنتفعين طوائف جديدة أو تنقص من الطوائف القديمة ٠

ثانيا — تؤدى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الى منح هذا الغير حقا مباشرا بمقتضى العقد ، وتخوله الحق فى مقاضاة المتعهد ٠ وكل هذا مسلم به فى مجال العقود الادارية ٠ ولكن عقود الامتياز كما رأينا تخول المستفيد حقوقا أكثر من ذلك ، اذ تسمح له بمقاضاة الادارة ذاتها ، وهو ما لا يتفق مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ٠

ثالثا — متى قبل المستفيد الشرط ، فان حقه يستقر بصفة نهائية ٠ وليس هذا هو الشأن فى مجال عقود الامتياز ، نظرا لأن

(١) سبق أن أشرنا الى رأى الدكتور السنهورى فى هذا الصدد ، فهو يقول فى وسيطه (الجزء الأول ص ٥٧٢ أنه « اذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرفقا من المرافق العامة ، كالاحتكار الذى يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك ، فان مانح الاحتكار — الحكومة أو أحد المجالس البلدية — يشترط عادة على المحتكر شروطا لمصلحة المنتفعين من الجمهور ، فيشترط مثلا حدا معينا من الأجور لا يجوز للمحتكر أن يجاوزه ، فى مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير . ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار ، ويستطيع بمقتضاه ان يقاضى المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التى فرضت لمصلحته » ٠

(٢) على سبيل المثال تقرير المفوض (Odent) فى قضية (Cie gén des eaux) والتى صدر فيها حكم المجلس فى ٥ مايو سنة ١٩٤٣ ٠ دالوز سنة ١٩٤٤ ، ص ١٢١ ٠

الادارة تستطيع فى كل وقت ـ كما رأينا ـ أن تتدخل فى مجال الرسوم التى يتقاضاها الملتزم من المنتفعين ، وأن تعدلها بالنقص أو بالزيادة ، فيسرى التعديل على جميع المنتفعين سواء القدماء أو الذين يطلبون الاستفادة بعد التعديل ٠

رابعا : لايمكن لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير بحال من الأحوال ٠ أن تفسر حق المستفيدين فى الالتجاء الى قاضى الالغاء ، للحصول على أحكام بالغاء بعض القرارات التى تصدر من الملتزم فى خصوص تنظيم عقد الامتياز ، لأن مخالفة الادارة لشرط وارد فى عقد من العقود يثير المسولية التعاقدية التى تحسم عن طريق القضاء الكامل لا عن طريق قضاء الالغاء ٠ فهذا القضاء الأخير ، قضاء عينى «contentieux objectif» لا يثار الا اذا كان ثمة نزاع يتعلق بالمشروعية لا بالاعتداء على حقوق شخصية[1] ٠

خامسا : اذا صلحت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فى بعض الحالات لتفسير الآثار المفيدة للعقود الادارية فى مواجهة الغير ، فانها لا تصلح قطعا لتبرير الأعباء التى تفرضها تلك العقود على الغير ، والتى رأينا أمثلة لها فى مطلع هذا المبحث ٠ وهذا النقد شامل ، ولا يقتصر على عقود الامتياز كما هو الشأن بالنسبة الى الانتقادات السابقة ٠

ومن ثم فاننا نعود فنؤكد أنه ليس ثمة مانع قانونى يحول دون تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فى مجال العقود الادارية بشرط مراعاة أحكامها المنصوص عليها فى المواد من ١٥٤ الى ١٦٥ من القانون المدنى المصرى والتى أوردناها فيما سلف ٠ ولكن هذه النظرية لا تصلح أساسا لتبرير امتداد آثار العقود الادارية الى الغير لا فى مجال عقود الامتياز ، ولا فى الحالات التى لا تتوافر فيها الشروط الواردة فى المجموعة المدنية ٠

---

(١) فى التفاصيل يراجع مؤلفنا فى « القضاء الادارى » وقد سبقت الاشارة اليه ٠

الفرع الثانى

الاستناد الى الطبيعة الذاتية للعقود الادارية

ولقد نادى بهذا الأساس العام الفقيه «Péquignot» فى رسالته وفى بحثه الذين أشرنا اليهما أكثر من مرة . فهو يرى أنه من غير الجائز التقيد بالقاعدة المدنية التى تقضى بقصر آثار العقود على أطرافها ، كما أنه من غير المجدى فى نظره محاولة اكراه نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية ، وتحوير أحكامها بحيث تصلح سندا قانونيا لتبرير الآثار التى تولدها العقود الادارية فى مواجهة الغير . ذلك أن من طبيعة العقود الادارية أن تولد آثارا فى مواجهة الغير ، لأن هذه ليست الا وسيلة من وسائل الادارة فى سبيل تحقيق الصالح العام . وسواء تصرفت الادارة عن طريق العقود الادارية أو عن طريق غيرها من وسائل ، فانها انما تستعمل اختصاصا تستمده من القوانين واللوائح ، ومن شأن ممارسة هذه الاختصاصات أن تولد حقوقا والتزامات فى مواجهة الأفراد [١] .

على أنه اذا كان هذا الرأى يرجع آثار العقود الادارية فى مواجهة الغير الى طبيعة الاختصاصات الادارية بصفة عامة ، فان العقود الادارية هى المصدر المباشر لتلك الآثار ، نظرا لأن هذه العقود هى التى تجعل المتعاقد دائنا أو مدينا بتلك الآثار فى مواجهة الغير .

---

(١) راجع الملزمة رقم ٥١١ ، بند رقم ٥٢٩ من بحثه المشار اليه حيث يقول :

«En réalité, il est de l'essence des contrats administratifs de produire des effets à l'egard des tiers, parceque l'Administration n'a pas stipulé dans un intérét égoïste, mais animée par un but de service public et en vue de l'intrêt général, c'est à dire pour le public. Qu'elle pourvoie au service public au moyen du contrat ou autrement, l'Administration exerce une compétence qu'elle tient de la loi et fait produire à ses actes des effects toujours plus on moins généraux».

فارادة الادارة المتعاقدة ، باعتبــار أنها تسعى دائما فى سبيل تحقيق الصــالح العــام ، هى التى تولد آثارا فى مواجهــة الغير ٠ أما ارادة الفرد المتعاقد فعاجزة عن تحقيق مثل هذه الآثار ٠

«Les droit et les obligations que les tiers tirent du contrat administratif ont donc leur source exclusivement dans la volonté de l'administration contractante, telle qu'elle qu'elle s'est manifestée dans le contrat administratif».

الفرع الثالث

انكار المبدأ فى ذاته ومحاولة تبرير كل حالة على حدة

١ ــ يذهب فريق من الفقهــاء الى أن العقود الادارية تخضــع لقاعدة نسبة آثارها كما هو الشأن فى عقود القانون الخاص ٠ ومن هذا الرأى الفقيه دى لوبادير ، الذى يستند الى أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، والتى مثل لها بالأحكام الآتية :

(أ) حكم المجلس الصــادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية «Fauvet» [١] حيث يقول :

«Le Sieur F. n'ayant pas été partie au marché, n'est pas recevable à saisir le Conseil d'Etat de conclusions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur à son égard».

(ب) حكم المجلس الصــادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية «Cie international du gaz» [٢] وقد ورد فيه :

«Un tel moyen, d'ailleurs fondé sur un contrat auquel l'Etat est étranger, ne saurait être invoqué».

(جـ) وأخيرا حكم المجلس الصــادر فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ فى قضية «Esoté» [٣] حيث يؤكد :

«Aucune disposition de loi ou de règlement ne fait obstacle à ce que, au point de vue des rapports entre les parties contractantes, les clauses d'un marché passé par adjudicatation soient modifiées d'un commun accord en cours d'exécution».

---

(١) المجموعة ص ٣٦٠ ٠
(٢) مجموعة سيرى ، سنة ١٩٣٩ ، القسم الثالث ص ١ مع تعليق الفقيه (Alibert) ٠
(٣) المجموعة ص ٨٤٩ ٠

٢ ـ ولكن الفقيه دى لوبادير ، لم يكن ليستطيع أن ينكر الحالات الكثيرة التى تؤدى فيها العقود الادارية الى افادة الغير أو الى تحميله ببعض الأعباء • وقد رأى أن تلك الحالات ، لا تعتبر تطبيقا لمبدأ عام ، كما يؤكد الفقيه بيكينو ، وكنها حالات استثنائية يمكن ارجاع كل طائفة منها الى أساس قانونى معروف لا يمس قاعدة نسبية العقود وذلك على النحو التالى :

أولا : هناك بعض حالات صورها الفقيه بيكينو على أنها تعتبر تطبيقا لقاعدة امتداد آثار العقد الى الغير ، وهى فى حقيقتها ليست كذلك • ومنها فى نظر الفقيه دى لوبادير ، حق الغير فى أن تبرم العقود الادارية وفقا للقانون • وقد سبق أن أبدينا ذات الرأى ، ولا شك لدينا فى سلامة هذا الاعتراض •

ومنها أيضا المزايا التى يستمدها المتعاقد من العقد ، كشرط ضمان عدم المنافسة ، أو الاعفاء من الضرائب ••• الخ • وهنا أيضا نوافق الفقيه دى لوبادير على أن الآثار التى ترتبها مثل هذه الشروط فى مواجهة الغير تعتبر آثارا غير مباشرة ولا ترقى الى مرتبة الاستثناءات من قاعدة نسبية آثار العقود •

ثانيا : فيما يتعلق ببعض الالتزامات التى يتحملها الغير نتيجة للشروط الواردة فى العقد ، كحق المتعاقد فى شغل بعض الأملاك العامة المجاورة لموقع العمل ، أو فى أخذ مواد منها ، واحتمال استفادة المتعاقد من سلطة نزع الملكية •• الخ ، فان الفقيه دى لوبادير يرد أساسها الى القانون ذاته باعتباره المصدر الذى رتب هذه الالتزامات ، وبالتالى فانه يعتبرها من قبيل « الارتفاقات القانونية »
«Les servitudes légales»

ثالثا : فى معظم الحالات التى تمتد فيها آثار العقود الادارية الى الغير نتيجة لشروط العقد ، فان دى لوبادير يرجع ذلك الى فكرة الاشتراطات لمصلحة الغير بشروطها المعروفة •

رابعا : في حالة عقد الامتياز ، يرجع استفادة الغير من الشروط الواردة فى عقد الامتياز الى الطبيعة اللائحية لتلك الشروط ، ذلك أنالفقيه دى لوبادير يرى أن شروط عقد الالتزام وحده والمتصلة بتسيير المرفق ، هى دون غيرها التى يمكن أن توصف بالطبيعة اللائحية ، كما ذكرنا فيما سلف[1] •

٣ ــ والواقع أن فكرة الآثار التى يمكن أن ترتبها العقود الادارية في مواجهة الغير ، يمكن أن تحل فى نظرنا على ضوء الأفكار الرئيسية التى أشرنا اليها عند دراسة الأسس العامة التى تقوم عليها فكرة العقد الادارى • فلقد سبق أن ذكرنا أن صلة العقد بالمرفق العام ، وبتحقيق الصالح العام ، قد خرجت بالعقود الادارية عن القواعد المدنية التقليدية فى مجال العقود • ولهذا فقد اضطررنا باستمرار الى تقسيم الشروط التى ترد فى العقد الادارى الى طائفتين وفقا لمدى اتصالها بالمرفق العام ، ورتبنا على هذا التقسيم أحكاما كثيرة • ولدينا أن هذا التقسيم يحتفظ بقيمته وبأثره فى هذا المجال من حيث معرفة مدى أثر العقود بالنسبة الى غير أطرافها ، وذلك على النحو التالى :

أولا ــ من حيث الشروط التى لا تتصل بالمرفق العام : وهى التى يعبر عنها عادة باصطلاح « الشروط التعاقدية » وفى هذا المجال تقتصر آثار العقود على أطرافها ، وفقا للقاعدة المسلم بها فى القانون الخاص ، اللهم الا اذا تضمنت تلك الشروط نصا صريحا يرتب حقا للغير • وهنا تطبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية ، بشرط استيفاء أحكام هذه النظرية •

ثانيا ــ من حيث الشروط التى تتصل بتنظيم المرفق العام : وهى الشروط التى نرى تسميتها شروطا لائحية «clauses règlementaires» وبالنسبة الى هذه الشروط بالذات خرجت القواعد المنظمة للعقود

---

(١) راجع مناقشته لهذا الموضوع ، فى مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، هامش ص ٨٧ •

الادارية عن مثيلاتها فى القـانون الخاص ، ذلك أن تنظيم المرفـق العام ، هو بطبيعة موضـوع ادارى ٠ فاذا وردت بخصوصه بعـض الشروط فى عقد من العقود ، فلا يعنى ذلك أن الادارة قد تخلت عن واجبها الأصيل فى تنظيم المرفق العام لفرد من الأفراد ، وانما تدرج هذه الشروط فى العقود ، لكى يقدر المتعاقد التزاماته على هداها ، وهو يعـلم سلفا أنه لا سلطان له على تلك الشروط ، وانها قـابلة للتعديل فى كل وقت كما رأينا ٠ ولهذا قالت محكمة القضاء الادارى المصرية فى حديثها عن تلك الشروط ، ان المتعاقد « ٠٠٠ اذا قبلها أصبح فى مركز تعاقدى شكلا ، تنظيمى موضـوعا ، ومن هنا ينشأ عن العقود الادارية مراكز خاصـة تختلف تماما عن تلك التى تنشأ فى ظل العقود المدنية » ٠ وقد لجأ الفقيه دى لوبادير الى هذا التكييف فى حالة عقـود الامتياز ٠ولكنه رفـض فكرة الشروط اللائحية فى مجال العقود الادارية الأخرى ، فاضطر الى أن يلجأ الى أكثر من سند لتبـرير أثر العقـود الادارية بالنسـبة الى الغير ٠ ولكننا نرى أنه لا محل لتمييز عقـود الامتياز عن غيرها فى هذا الصدد ، وأنه يجب التسليم بالطبيعة اللائحيـة لكافة الشروط المتصلة بتسيير المرافـق العامة والتى ترد فى العقود الادارية ٠ ومتى سلمنا بهـذه الطبيعة اللائحية ، أصبح من المفهـوم لماذا ترتب العقـود الادارية آثارا فى مواجهة الغير فى بعض الحالات ، ذلك أن القـرارات الادارية ، انما تعبر عن ارادة الادارة وحدها ، ولا تحتاج الى مصـادقة الأفراد على ما ترتبة لهم من مزايا أو ما تفرضه عليهم من أعباء ٠ وهذا التكييف عندنا ، ينسجم مع الأحكام الاساسية للعقود الادارية ، كما أنه يفسر أثر العقود الادارية بالنسبة الى الغير ، ويضع هذه الفكرة فى نطاقها الطبيعى ، ويرسم حدودها المعقولة ٠

الفرع الرابع

تحديد معنى الغير فى مجال العقود الادارية

لا يثير تحديد فكرة الغير (La notion de tiers) أى صعوبة فيمايتعلق بالأفراد الذين يتعاقدون مع الادارة أو غيرهم ممن يمسهم العقد ٠

ولكن كانت هناك صعوبة فيما يتعلق بتحديد جهات الادارة التى تعتبر من قبيل الغير بالنسبة الى عقد ادارى معين ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى قد جرى فى تاريخ متقدم على اعتبار أن المرافق العامة تعتبر غيرا بالنسبة الى العقود التى يبرمها مرفق معين ، وذلك بصرف النظر عن تمتع تلك المرافق بالشخصية المعنوية • وعلى هذا الأساس تعتبر الوزارات الأخرى ، غيرا بالنسبة الى العقود التى يبرمها وزير معين فيما يتعلق بشئون وزارته[1] •

هذا المسلك هجره مجلس الدولة الفرنسى والفقهاء منذ أمد بعيد ، وأصبحت فكرة الغير فى مجال العقود الادارية بصفة خاصة ، ومجال التنظيم الادارى «La structure de l'administrotion» بصفة عامة ، مرتبطة بفكرة الشخصية المعنوية • وبالتالى فان جهة ادارية معينة لا تعتبر من قبيل الغير بالنسبة الى جهة ادارية أخرى الا اذا كانت كل جهة منها تابعة لشخص معنوى مستقل • فالوزارات لا تعتبر غيرا بالنسبة الى الدولة ، لأن كل وزارة لا تتمتع بشخصية مستقلة عن شخصية الدولة • ولكن المحافظات والمراكز والمدن والاحياء والقرى والهيئات العامة تعتبر غيرا بالنسبة الى الدولة وبالنسبة الى العقود التى يبرمها كل شخص عام من هذه الأشخاص •

ولقد سبق أن أشرنا الى هذه الفكرة عند دراسة نظرية عمل الأمير ، ويجب اتباعها كلما أثير موضوع « الغير » فى مجال القانون العام • وراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٩٦٥/١١/٧ (مجموعة أحكام المحكمة ، ص ١٨٧١) حيث طبقت المبدأ المشار اليه •

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٨٦٥ فى قضية «Mony de Montmort» المجموعة ص ٥٥٤ •

القســم الرابــع

نهاية العقود الادارية

وندرس فيه :

أولا : الأسباب العامة لنهاية العقود الادارية ٠

ثانيا : دراسة خاصــة لنهاية عقود الامتياز والأشــغال العــامة والتوريد ٠

الباب الأول

الأسباب العامة لنهاية العقود الادارية

قد تنتهى العقود الادارية نهاية طبيعية ، لذات الأسـباب التى تنتهى بها العقود فى نطاق القـانون الخاص • ولا يختلف الحال فى مجال القانون الادارى عنه فى مجال القانون المدنى • ولكن العقود الادارية قد تنتهى نهاية مبتسرة ، قبل أجلها الطبيعى • وهنا توجد الأحكام المميزة للعقود الادارية عن غيرها من عقود القانون الخاص • ومن ثم فاننا نشير باختصار الى حالات نهاية العقود الادارية نهاية طبيعية ، ثم نتناول بشىء من التفصيل الوسائل التى تنتهى بها العقود الادارية نهاية مبتسرة •

الفصل الأول

نهاية العقود الادارية نهاية طبيعية

١ ـ تنتهى العقود بصفة عامة ـ ومن بينها العقود الادارية ـ نهاية طبيعية فى الحالتين الآتيتين :

أولا : انتهاء العقد (أو انقضاؤه) لتنفيذ مايترتب عليه من التزامات تنفيذا كاملا[1] . فعقد الأشغال العامة أو التوريد مثلا ، والذى نفذ فيه المتعاقد التزاماته ، باتمام الأعمال المطلوبة فى الحالة الأولى ، وتسليم البضائع فى الحالة الثانية ، ينقضى متى أدت الادارة الثمن كاملا للمتعاقد .

ثانيا : انقضاء العقد لنهاية المدة المحددة لبقائه[2] : ذلك أن من العقود الادارية ، ما يرتبط بقاؤه بمدى زمنى محدد . ومثال ذلك عقود الالتزام ، والتى يجب ألا تزيد مدتها على ثلاثين سنة كما ذكرنا ، وعقود الأشغال العامة المتعلقة بصيانة بعض المنشآت لمدى زمنى محدد ، وعقود التوريد لمدة محدودة ، وعقود الايجار .. الخ . فى كل هذه الحالات ينتهى العقد بحلول المدة المتفق عليها فيه .

٢ ـ غير أنه يجب التمييز فى هذا الخصوص بين العقود الفورية ، والعقود الزمنية :

فالعقود الفورية تنقضى بالتنفيذ الى غير رجعه .

أما العقود الزمنية «Les contrats à durée determinée» فقد تتولد عنها بعض الآثار رغم انقضاء المدة ، بحيث يكون للمتعاقد الذى يستمر فى تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد مرور المدة الحق فى مطالبة الادارة بالمقابل ، وذلك فى الصورتين التاليتين :

---

(١) «Fin du contrat par la réalisation de son objet».

(٢) «Fin du contrat par l'arrivée du terme extinctif».

(أ) حالة الموافقة على التجديد الصريح أو الضمنى : ولا صعوبة فى حـالة التجـديد الصريح • ولكن يدق الأمـر فى حالة التجديد الضمنى • ومع ذلك فقـد سلم به مجلس الدولة الفرنسى اذا كانت ظروف الحال تكشف عن رضاء ضمنى من جانب الادارة والمتعاقد على الاستمرار فى التنفيـذ رغـم انقضـاء المـدة المتفق عليهـا فى العقد[1] • كما أن المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٦ فبراير سـنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٢٦٣) ترى أنه اذا لم يتضمن العقـد بيان كيفية تجديده ، واذا لم توجد نصـوص خـاصة فى هذا الصدد ، « فانه يتعين ، والحالة هذه ، الرجوع فى هذا الشأن الى الأحكام العامة الواردة فى القانون المدنى » وبالتالى فان المحكمة قد طبقت المادة ٥٦٣ من القانون المشار اليه •

(ب) وشبيه بالحالة السابقة ، حالة استمرار ملتزم المرافق العام فى أداء الخدمة المنوطة بالمرفق العام ، بشرط حسن النية ، وثبوت فائدة الخدمة للادارة فحينئذ ، يعوض مجلس الدولة الفرنسى الملتزم بصرف النظر عن فكرة التجديد الضمنى للعقد «La notion de contrat tacite» وذلك على أساس شبه العقد[2] «une situation quasi — contractuelle»

٣ — وتقـرر المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصـادر فى ٨ فبراير سنة ١٩٨٦ (الطعنان رقما ٢٥٣ و ٦٥٢ لسنة ١٨ قضائية) أن مناط تجديد العقد الادارى (حيث يجـوز التجديد) هو موافقة طرفية ، وسلطة الادارة فى قبول التجديد أو رفضه طبقا لما تراه محققا للمصلحة العامة •

---

(١) راجع على سبيل المثـال ، حكمه الصادر فى ١٥ يونية سـنة ١٩٥١ فى قضية (Société hydraulique Asie) المجموعة ص ٣٤٩ ، وقد جاء فيه :

«La Société dont les travaux de prospection devaitent normalement prendre fin le 27 avril 1940 ... en a poursuivi l'exécution aprés cette date par un accord tacite avec la colonie».

(٢) حكم المجلس الصـادر فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٢ فى قضية (Dame Vve Bastit) المجموعة ص ٩٢ •

الفصل الثانى

النهاية المبتسرة للعقود الادارية

قد لا يبقى العقد الادارى حتى ينتهى نهاية طبيعية بالتنفيذ أو بانقضاء المدة كما فى الحالة السابقة ، بل يحدث أن ينتهى نهاية مبتسرة وقبل الأوان (d'une manière prématurée) ويمكن ارجاع انقضاء العقد فى هذه الحالةالى الأسباب الآتية :

أولا : الفسخ باتفاق الطرفين أو التقايل
(La résiliation conventionnelle)

ثانيا : الفسخ بقوة القانون (La résiliation de pleine droit)

ثالثا : الفسخ القضائى (La résiliation juridctionnelle)

رابعا : الفسخ عن طريق الادارة (La résiliation administrative)

خامسا : وهناك حالات خاصة تصدر فيها قوانين لتنظيم كيفية انهاء بعض العقود فى ظروف معينة ٠

وفيما يلى نعرض لدراسة الحالات السابقة ٠

المبحث الأول

الفسيخ باتفاق الطرفين أو التقايل

قد تنتهى العقود الادارية نهاية مبتسرة اذا اتفق المتعاقد وجهة الادارة على انهاء العقد قبل نهايته الطبيعية ، ذلك أن الزام العقد الادارى انما يستند الى رضاء الطرفين ، وبالتالى فانه يزول برضائهما أيضا ، ولا صعوبة فى هذا المجال اذ تطبق الأحكام المدنية فى هذا الصدد ٠

ولا بد لانهاء العقد بهذه الصورة من موافقة الجهة التى تملك ابرامه ، ويجب أن تظهر ارادتها واضحة ، ولكن لا يشترط أن

تفرغ تلك الارادة فى صورة معينة • وقد سلم مجلس الدولة الفرنسى بانهاء بعض العقود نتيجة تبادل خطابات بين الادارة والمتعاقد معها[١] • وقد يكون الفسخ الاتفاقى مصحوبا بتعويض المتعاقد عما فاته من تكملة تنفيذ العقد أو بلا تعويض وفقا لما يتفق عليه المتعاقدان ، فذلك مما يترك لحريتهما المطلقة • وحالات هذا التقايل كثيرة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، وهى مجرد تطبيقات للقواعد العامة ، ومن ثم فانها لا تحتاج لدراسة تفصيلية خاصة[٢] •

المبحث الثانى
الفسخ بقوة القانون

ينقضى العقد بقوة القانون (de plein droit) فى بعض الحالات متى تحققت شروط معينة منها :

أولا : هلاك محل العقد (La disparition de l'objet du contrat)

فاذا هلك محل العقد ، انقضى القد بقوة القانون • وقد يكون هلاك المحل بسبب خارجى عن الطرفين ، كتدمير محطة القوى التى أبرم العقد لاستغلالها نتيجة للحرب[٣] ، وهنا ينقضى العقد دون أن يتحمل أى من الطرفين تعويضا بسبب هذا الانقضاء •

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ فى قضية (Drouard) المجموعة ص ١١١٢ (de simples lettres échangées par les parties) .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٣ فى قضية (Le Loir) المجموعة ص ١٣٦ وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ فى قضية (Drouard) المجموعة ص ١١١٢ وفى أول سبتمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية (Pillard frères) المجموعة ص ٢٤٠ وفى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٦ فى قضية (Ville de Sancerre) المجموعة ص ٢٤٧ ، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بسلامة التقايل فى هذه القضية رغم أن الادارة قد أقدمت عليه خطأ لاعتقادها بأن القانون يوجب اتمام الفسخ فى تلك الحالة •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية (Electricité de France) المجموعة ص ٣٨٠ • وقد جاء فيه :

«La destruction le 12 juin 1940 de la station en vue de l'exploitation de lsquelle avait été conclu le marché a constitué un événement de guerre ayant eu pour effet de rendre définitivement impossible, l'exécution de ce marché et par voie de conséquéncé l'application des stipulations qu'il coportait ... par suit Electricité de France n'est pas foundée à soutenir que le marché dont s'agit n'a pas pris fin à la date susindiquée».

وقد يكون مرجع الهلاك الى عمل الادارة ، وحينئذ نكون على الحد الفاصل بين انهاء العقد بقوة القانون ، وانهائه بالطريق الادارى . وهنا قد يصحب انهاء العقد ، تعويض المتعاقد عن هذه النهاية المبتسرة لعقده ، وذلك فى حالة ما اذا هلك المحل نتيجة لاجراء عام ، فحينئذ لا يعوض المتعاقد الا اذا توافرت شروط نظرية عمل الأمير ، والتى درسناها فيما سلف .

ثانيا : اذا تحققت شروط معينة منصوص عليها فى العقد : (Resiliation de plein droit prévue par le contrat) فمتى تحققت تلك الشروط ينفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها[1] .

ثالثا : اذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها فى القوانين أو اللوائح : (Résiliation de plein droit prévue par la loi) وهنا أيضا يتم انفساخ العقد من تاريخ تحقق الأمور المنصوص عليها فى القوانين أو اللوائح .

وأحيانا يصدر تشريع يقضى بانهاء بعض أنواع العقود العقود ، وذلك لأسباب معينة مثل انتهاء الحرب التى أبرمت تلك العقود لمواجهتها .

فى جميع الحالات السابقة يتم الفسخ بقوة القانون من تاريخ تحقق أسبابه .

البحث الثالث

الفسخ القضائى

والفسخ القضائى (La résiliation juridictionnelle) — كما يدل عليه اسمه — هو الذى يتعين أن ينطق به القاضى بناء على طلب أحد الطرفين .

---

(١) حكم المجلس فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٤ فى قضية (Soc. d'Etat à la défence) المجموعة ص ٢٧٦ .

وترتد آثار هذا الفسخ الى تاريخ رفع الدعوى ·

والأسباب التى من أجلها يحكم القضاء الادارى بالفسخ عديدة ، ولكن الفقهاء يردون تلك الأسباب الى ثلاث مجموعات[١] :

أولا : الفسخ القضائى بسبب القوة القاهرة ·

ثانيا : الفسخ القضائى كجزاء للاخلال بالالتزامات العقدية ·

ثالثا : الفسخ كموازن لحق الادارة فى التعديل ·

وفيما يلى ندرس هذه الأسباب على التوالى :

الفرع الأول

حالة القوة القاهرة

١ ــ تؤدى القوة القاهرة بمعناها المعروف (La force majeure) الى اعفاء المتعاقد من التنفيذ · وبالتالى فان الادارة فى هــذه الحالة لا تستطيع ارغامه على التنفيذ ، ولا أن توقع عليه عقوبات بقصد تحقيق هــذه الغاية ، كما أنها لا تستطيع أن توقع عليه غرامــات التأخير · ولكن ما أثر القوة القاهرة على العقد ؟

ان المسلم به فى القانون المدنى المصرى ، أن القوة القاهرة ، والسبب الأجنبى بصفة عامة ، يؤدى الى انفساخ العقد من تلقاء نفسه وفقا للمادة ٣٧٣ من القانون المدنى · وبهذا المعنى تعتبر القوة القاهرة من الأسباب القانونية لانفساخ العقد · فاذا التجأ المتعاقد الى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع الى سبب أجنبى ، فان الحكم فى هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه[٢] ·

٢ ــ ولكن فى القانون الفرنسى ، يقوم خلاف بين الفقه والقضاء فى هذا الصــدد : فالفقهاء يؤيدون وجهة النظر المقررة فى مصر

(١) مطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٤٧ ·
(٢) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٧٢٤ ــ ٧٢٥ ·

تشريعيا ، ولكن المحاكم القضائية ، تميل الى جعل القوة القاهرة سببا للمطالبة بالفسخ قضائيا[1] . فما هو الوضع فى نطاق العقود الادارية ؟! ان للقوة القاهرة وضعا خاصا فى نطاق العقود الادارية ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى قد توسع فى معنى القوة القاهرة ، فأصبح لها معنيان فى قضائه :

(أ) المعنى الأول : وهو المعنى الأصيل للقوة القاهرة ، وهى الحادث الخارجى ، الذى يستحيل دفعه ، والذى يؤدى الى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة . فهل تؤدى القوة القاهرة فى هذه الحالة الى انقضاء العقد بقوة القانون ؟! لقد حكم مجلس الدولة الفرنسى بهذا المعنى فىحكمه الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية (electricité de France) [2] ، التى تتميز بأن القوة القاهرة (الحرب) قد أدت الى هلاك موضوع العقد . ومن ثم فقد أدرجنا هذا الحكم فى تطبيقات الفسخ بقوةالقانون .

ولكن هل يسرى الحكم السابق على جميع صور القوة القاهرة — بهذا المعنى — والتى لا يكون أثرها بمثل هذا الوضوح ؟! هذا ما يتشكك فيه الفقيه دى لوبادير . فهو يرى أنه يتعين فى هذه الحالة التفرقة بين الفسخ الذى يطلبه المتعاقد ، وذلك الذى تطلبه الادارة :

ففيما يتعلق بالمتعاقد يرى الفقيه دى لوبادير ، أنه يتعين عليه أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد للقوة القاهرة[3] .

---

(١) بلانيول وريبير ، بند رقم ٤١٢ ، كابيتان مؤلفه بعنوان «De la cause des obligations» ، الطبعة الثالثة ، بند رقم ١٣٩ .

(٢) وقد سبقت الاشارة اليه .

(٣) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٤٩ . وقد استند فى رأيه الى حكمين صادرين من مجلس الدولة الفرنسى فى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٧ فى قضية «Commune d'Avrieux» وفى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٧ فى قضية «Torquet» المجموعة ص ٨٧١ .

أما فيما يتعلق بالادارة فانها تستطيع انهاء العقد بقرار منها استنادا الى القوة القاهرة ، فيصبح الفسخ هنا فسخا اداريا[١] ·

وهــذا الرأى ــ رغم مجافاته لفكرة القوة القاهرة كسبب يؤدى الى الاستحالة المطلقــة فى تنفيذ الالتزامات العقــدية ــ يضــع فى الاعتبــار الظــروف الخاصــة بالعقــود الادارية ، والتى تســتلزم الاستمرار فى أداء الخدمة حتى لا يتوقف المرفق مهما كان الثمن · وبالتــالى يجب الا يتــرك للأفــراد حــرية تقدير مــا يعــتبر من قبيل القوة القــاهرة ، مع مراعاة أن هــذا الحل لن يثقل عليهم فى شىء اللهم الا فى رفع الأمــر الى القضــاء للتأكد من أن ما يستند اليه المتعاقد هو من قبيل القوة القاهرة التى لا شك فيها ·

(ب) المعنى الثانى للقوة القــاهرة ، وهو التوسع الذى حققــه مجلس الدولة الفرنسى بمقتضى حكمه الصادر فى ٩ ديسمبر ســنة ١٩٣١ فى قضية (Cie de tramways de cherbourg) (سبقت)

ولقــد أوضحنا فيما سبق أن الظرف الطارىء يمتاز عن القوة القاهرة ، بأنه لا يؤدى الى استحالة تنفيذ الالتزام ، بل يجعــل ذلك التنفيذ مرهقا · وبالتالى فان المتعاقد لا يمكنه أن يستند الى هــذا الظرف للمطالبة بتحرره من التنفيــذ ، أى بانقضاء العقــد ، وكل ما له من حقوق ينحصر فى المطالبة بالتعويض · أما القوة القاهرة ، فانها تخول المتعاقد ــ وفقــا للتفسير الذى أشرنا اليه ــ الحــق فى المطالبة بفسخ العقد قضائيا ·

ولقد كان مجلس الدولة الفرنسى حتى سنة ١٩٣٢ يلتزم هــذا المسلك · ولكنه حــوره فى هــذا التاريخ ، اذ خول كلا من الادارة والمتعاقد معها ، الحق فى طلب فسخ العقد قضائيا ، اذا تبين أن العقد الادارى لن يعــود اليه توازنه رغم مساعدة الادارة ، وأنه قد أصبح غير قابل للحياة بدون هذه المساعدة المستمرة ·

---

(١) واستند الى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٥٢ فى قضية «Eloy» المجموعة ص ٢٢٥ ·

وبهذا المعنى ، أصبح حكم الظروف الطارئة فى هذا الخصوص ، هو حكم القوة القاهرة ، مما دفع الفقهاء الى القول بأن مجلس الدولة الفرنسى قد استحدث فكرة ادارية عن القوة القاهرة (force majeure administrative) ولكن الفسخ القضائى فى هذه الصورة الثانية قد يكون مصحوبا بالحكم بتعويض ، يحكم به على المتعاقد المتعنت ، والذى يكون قد أدى بتصرفه الى الوصول الى تلك النتيجة ٠

ولم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد حتى الآن ٠ ولكن يمكن الأخذ بما وصل اليه مجلس الدولة الفرنسى من نتائج فى هذا الصدد ٠

الفرع الثانى

الفسخ القضائى كجزاء لخطأ المتعاقد

١ - رأينا عند دراسة الجزاءات التى تترتب على الاخلال بالالتزامات العقدية أن للمتعاقد المضرور أن يطالب بفسخ العقد قضائيا ، اذا بلغت المخالفة حدا كبيرا من الجسامة ، لا تجدى فى مواجهته الجزاءات الأخرى ٠ ورأينا أيضا أن موقف الادارة يختلف عن موقف المتعاقد فى هذا الخصوص على النحو التالى :

أولا : بالنسبة للمتعاقد : لابد من أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد فى جميع الحالات ، كما سبق أن ذكرنا ٠ والقضاء لا ينطق بالفسخ الا اذا أخطأت الادارة خطأ جسيما ٠ واذا حكم به ، فان آثاره ترتد الى يوم رفع الدعوى ، كما أنه يتم على مسئولية الادارة ٠ وكل ذلك وفقا للتفصيل الذى عرضنا له فى موضعه من هذا المؤلف ٠

ثانيا : بالنسبة الى الادارة : تستطيع الادارة ، كما هو معروف ، أن تلجأ الى فسخ العقد بقرار ادارى منها استنادا الى خطأ المتعاقد فى تنفيذ التزاماته العقدية ٠ ولكن القضاء يستثنى من ذلك حالة امتياز

المرافق العامة ، فيجعل انهاءها من اختصاص القضاء الا اذا تضمن العقد حكما يقضى بغير ذلك ٠

وللادارة بطبيعة الحال ، أن تنزل عن استعمال حقها فى فسخ العقد ، وتسلك سبيل التقاضى كالمتعاقد الآخر ، حتى تضمن عدم رجوع المتعاقد عليها بالتعويض ، اذا ثبت أنها قد أساءت استعمال هذا الحق ، أو استعملته استعمالا غير مشروع ٠

٢ ــ وقضاءالمحكمة الادارية العليا غنى فى هذا المجال ، نكتفى منة بالأمثلة الآتية :

(أ) حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٦٥ (س ١٠ ، ص ٣١٦) وبمقتضاه اعترفت المحكمة للادارة بالحق فى فسخ العقد اذا أخطأ المتعاقد خطأ يستوجب هذا الجزاء ٠

(ب) حكمها الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (س ١٢ ، ص ٢٦٠) وفيه تؤكد أن قضاءها قد جرى على أن من حق طالب الفسخ ــ اذا ما أجيب الى طلبه ــ أن يرجع بالتعويض على الطرف الذى تسبب بخطئه فى طلب الفسخ ، وأن هذه القاعدة تسرى على العقود المدنية ٠

(جـ) حكمها الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٧١ (س ١٦ ، ص ١٣٠) وفيه تسمح بالجمع بين الفسخ ، ومصادرة التأمين وطلب التعويض . وفى هذا الحكم تطبق المحكمة قضاءها المستقر فى هذا الصدد والذى أبرزته فى حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٦٥ (سبق) حيث تؤكد « أن رجوع الادارة بالتعويضات الأخرى على المتعاقد معها المقصر فى حقها ، عند مصادرة التأمين الذى يقل عن مستوى التعويض الكامل ، لا يستند الى اعتبار العقد قائما ومنفذا على حساب المتعاقد ، مع أنه سبق فسخه ــ على نحو ما اتجه اليه الحكم المطعون فيه ــ وانما يستند ذلك الرجوع الى أحكام القواعد العامة فى أى عقد كان ، وتلك الأحكام تقضى بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من

ارتكبه بالتعويض ، وبقدر قيمة الضرر ، وهذه الاحكام لا تتعارض البتة مع فكرة التأمين فى العقود الادارية بوجه عام · ولا غرو فان فروق الأسعار ، ونزول جعل المقاصف ، وما يضيع على جهة الادارة من كسب محقق ، كل أولئك تمثل فى حقيقتها أضرارا فعلية ، وقيما معلومة لحقت الادارة وتعاقبت عليها من جراء اخلال المتعاقد معها بتنفيذ ما التزم به قبلها »[1] .

الفرع الثالث

الفسخ القضائى كموازن لسلطات الادارة

تملك الادارة – على التفصيل الذى أوردناه فى موضعه – حق التدخل فى مجال العقود الادارية ، وزيادة التزامات المتعاقد أو انقاصها · ولقد ذكرنا أن هذا الحق مشروط بألا تتجاوز تلك التعديلات حدودا معينة ، وألا تؤدى الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، أو الى تغيير جوهره بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة · واذا تخطت الادارة تلك الحدود ، فان للمتعاقد – اذا وجد أن التعويض لن يجديه فى مواجهة الظروف الجديدة – أن يلجأ الى القضاء للمطالبة بفسخ العقد · وهذا حق مقرر للمتعاقد فى مصر وفى فرنسا كما سبق أن أوضحنا ·

واذا حكم القاضى بالفسخ ، فان آثاره ترتد الى تاريخ رفع الدعوى · ويصحب هذا النوع من الفسخ تعويض باستمرار ، يغطى جميع ما يلحق المتعاقد من اضرار ، وما يفوته من كسب ، بسبب

---

(١) وبذات المعنى حكمها الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٥ ، س ١١ ، ص ٥٧ · وفى هذا الحكم قررت المحكمة أن « للادارة أن تجرى مقاصة بين ما هو مستحق لها وما هو مستحق للمتعاقد قبلها أو قبل أية مصلحة حكومة أخرى ، ما دام العقد يخولها صراحة الحق فى اجراء الخصم ، دون حاجة الى اتخاذ اجراءات قانونية أو قضائية ··· مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أية مصلحة حكومية أخرى » · ولقد سبق أن رأينا أن الجمعية العمومية للقسم الاستشارى قد أطلقت هذا الحق للادارة ، حتى ولو لم ينص عليه فى العقد ·

الحكم بفسخ العقد ، لأن مرجع الفسخ بالفرض ، الى تصرف الادارة . وهو ما أكدته المحكمة الادارية العليا فى أحكامها التى سبقت الاشارة اليها فى الفقرة السابقة .

المبحث الرابع

الفسخ عن طريق الادارة

ان حق الادارة فى فسخ العقود الادارية بقرارات تصدر منها ، لهو من الخصائص البارزة التى تميز نظام العقود الادارية ، عن النظام المقرر فى القانون الخاص . ولدراسة هذه الوسيلة من وسائل انقضاء العقود يميز الفقهاء بين حالتين :

أولا ـ حالة الفسخ المنصوص عليه فى العقد أو بمقتضى نص فى القوانين أو اللوائح .

ثانيا ـ حالة الفسخ خارج نطاق النصوص .

وفيما يلى نعرض لدراسة كل من الحالتين :

الفرع الأول

الفسخ المنصوص عليه

١ ـ قد يرد النص على حق الادارة فى فسخ العقد ، فى شروط ذلك العقد . وهنا لا صعوبة فى الأمر ، لأن هذا التقليد مألوف فى عقود القانون الخاص . وكل ما فى الأمر ، أن النص فى العقد الادارى صراحة على حق الادارة فى الفسخ كجزاء لمخالفات معينة ، لا يمكن أن يجب حقها فى الالتجاء الى جزاء الفسخ فى حالة ارتكاب المتعاقد لمخالفات أخرى غير تلك المنصوص عليها فى العقد ، نظرا لأن الادارة لا تستمد حقها فى توقيع هذا الجزاء من نصوص العقد ، ولكن من طبيعة العقد الادارى . ولهذا قلنا ان الادارة لا تستطيع أن تتنازل عن سلطتها تنازلا كاملا أو جزئيا . وكل ما لهذه الشروط من أثر ،

انما يظهر فى حالة الحكم بالتعويض عن الأضرار التى تصيب المتعاقد نتيجة لاخلال الادارة بالتزاماتها التعاقدية ، على التفصبيل الذى سبق ذكره ٠

٢ ــ وقد يرد النص على حق الادارة فى فسخ العقد فى نصوص القوانين أو اللوائح ٠ ومن أوضح الأمثلة على ذلك نص المادة ٢٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والمادة ٢٨ من ذات القانون والتى تخول الادارة حق فسخ العقد الادارى فى حالات عديدة ٠ كما ورد النص على حق الادارة فى الفسخ فى نصوص لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة ، وقد عرضنا لها فى موضعها من هذا المؤلف ٠ ولقد سبق أن أوضحنا النتيجة القانونية التى تترتب على النص صراحة على حق الادارة فى الالتجاء الى الفسخ فى مواجهة حالة معينة ٠

الفرع الثانى

الفسخ غير المنصوص عليه

١ ــ وفى هذه الحالة تتجلى أصالة هذا الحق ٠ والمسلم به فى هذا الخصوص أن حق الادارة فى أنهاء عقودها هو أمر مسلم به ، حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أى خطأ (droit de résiliation sans faute)

وقد اعترف به مجلس الدولة الفرنسى بالنسبة الى كثير من العقود الادارية الهامة ، ومن ذلك على سبيل المثال :

(أ) بالنسبة الى عقود الاشغال العامة ، حكمه الصادر فى ٥ فبراير سنة ١٩٢٥ فى قضية (Demeuchy) [1]

(ب) وبالنسبة الى عقود التوريد ، حكمه الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ فى قضية (Nadim Tewtel) [2] ٠

---

(١) المجموعة ، ص ١٢١ ٠

(٢) المجموعة ص ١٠٤٨ ، وحكمه فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية «Sté. Weil Haerniger» المجموعة ص ٩٤١ ٠

(جـ) وبالنسبة الى عقود شغل المال العام ، حكمه الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٤ فى قضية (Lerey) (١) .

(د) وبالنسبة الى عقود التوظيف : حكمه الصادر فى ٢٨ يوليو سنة ١٩٥١ فى قضية (Auboin) (٢) .

(هـ) وبالنسبة الى عقود الامتياز : حكمه الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ فى قضية (Consorts simongiovanni)(٣) .

ولم يقتصر مجلس الدولة الفرنسى على تطبيق المبدأ فى أحكامه الخاصة بكل عقد ادارى على حدة ، بل ان من أحكامه ما أكد حق الادارة فى انهاء العقود الادارية دون خطأ من جانب المتعاقد كقاعدة عامة ، ذات تطبيق شامل . ومن ذلك :

(أ) حكمه الصادر فى ٣ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية (de Mestral) (٤) حيث يقول

«Il appartenait à l'administration, en vertu de ses pouvoirs généraux, de mettre fin, moyennant une compensation éventuelle, à l'application du contrat».

(ب) وحكمه الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ فى قضية : «Min. de la gurre» (٥)حيث يؤكد :

«La résiliation a été la consequence de l'exercice par l'administration militaire de pouvoir qui lui appartient en vertu de droit commun»

(جـ) وأخيرا حكمه الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ فىقضية : «Gargiulo» (٦) وقد جاء فيه :

---

(١) مجموعة دالوز سنة ١٩٥٤ ، ص ٦٤٧ .
(٢) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٥٢ ، ص ٥٣٥ .
(٣) المجموعة ص ٣٦٢ .
(٤) وقد سبقت الاشارة اليه .
(٥) المجموعة ص ١٨٠ .
(٦) المجموعة ص ١١٩٨ .

«La résiliation) ... n'a pu intervenir qu'en vertu de pouvoir général appartenant à l'administration de rompre, si elle le juge utile, les marchés passés par elle pour les services publics sous réserve d'indemniser l'entrépreneur».

٢ ــ هــذا ، ولقد سلم مجلس الدولة المصرى فى أحكامه بهذا الحق للادارة كقاعدة عامة ، تشــمل جميع العقــود الادارية ، ودون حاجة الى نص ، بل لقد جعل من هذا الحق طابعا مميزا للعقود الادارية فى معظم الأحكام التى أشرنا اليها • ونكتفى هنا بأن نورد على سبيل المثال حكما من أحكام محكمة القضاء الادارى ، وحكما آخر من أحكام المحكمة الادارية العليا يؤيد ما نادت به محكمة القضـــاء الادارى :

(أ) حكم محكمة القضاء الادارى الصـــادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢[١] حيث تقــول : « ••• ان العقــود الاداريــة تختلف عن العقود المدنية فى أنها •• تستهدف مصلحة عامة لسير العمل فى مرفق عــام ، وأن كفتى المتعاقدين فيها غير متكافئة ، اذ يجب أن يراعى فيها دائما وقبل كل شىء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد •• ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوى الحق فى مراقبة تنفيذ العقد ، وفى تغيير شروطه بالاضافة والحذف والتعديل ، وفى انهائه فى أى وقت طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك ••• » •

(ب) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢٠ أبريل ســنة ١٩٥٧ (س ٢ ص ٩٣٧) حيث تؤكد أن « العقــود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقــد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الأفــراد الخاصة ••• ويترتب على ذلك أن للادارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود ، وأن لها دائما حق تغيير شروط العقد واضافة شروط جــديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام •• كما

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السابعة ، ص ٧٦ ، وقد اخترنا هذا الحكم القديم بالذات لتبرز أن المحكمة قد تنبهت الى هذه الخصيصة من خصائص العقود الادارية منذ وقت متقدم •

يترتب عليها كذلك أن للادارة دائما سلطة انهاء العقد ، اذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام · وليس للطرف الآخر الا الحق فى التعويضات ان كان لها وجه ، على خلاف الأصل فى العقود المدنية ·· » وبتطبيق هذا المبدأ على القضية المعروضة استطردت قائلة « ·· فاذا ثبت أن البوية المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله عليها بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود ، فللادارة أن تتحلل من تعاقدها ، وتعمل سلطتها العامة فى انهاء العقد ، مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر ··· »[1] ·

٣ ـ وأساس حق الادارة فى انهاء العقود قبل الأوان ، هو ذات الأساس الذى شرحناه عند دراسة حق الادارة فى تغيير بعض شروط العقد · ولهذا فان الأحكام التى ذكرناها بخصوص حق التعديل تصدق فى هذا المجال ، باعتبار ان الانهاء ينصب على الشرط الخاص بمدة العقد ، فيتعين أن تجد ظروف تستدعى هذا الانهاء ، وأن يكون رائد الادارة فى الالتجاء اليه تحقيق الصالح العام · ومن ثم فان للادارة أن تنهى العقود الادارية اذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام ، أو أضحت لا تحقق المصلحة العامة المقصودة · ولقد قدمت لنا المحكمة الادارية العليا مثالين طيبين فى الحكمين اللذين أشرنا اليهما ، حيث غير الجيش نوع الجلد الذى تصنع منه الأحذية ، وبالتالى غدت البوية التى تعاقد الجيش على توريدها غير ذات فائدة · ومن ثم لم تكن المصلحة تقتضى أن تواصل الادارة تنفيذ عقد التوريد ، وتسلم باقى الصفقة التى تعاقدت على توريدها · وفى الحكم الآخر تبين للادارة أن المباصق التى تعاقدت وزارة الصحة على توريدها « لا تفى بالغرض المطلوبة من أجله » ·

---

(١) وما تزال المحكمة الادارية العليا تردد ذات المبدأ فى أحكامها الحديثة ، ومن ذلك حكمها الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٦٢٥) وقد جاء فيه : « ··· ان للادارة دائما سلطة انهاء العقد اذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام ، ولا يكون للطرف الآخر الا الحق فى التعويض ان كان له وجه حق ، وذلك كله على خلاف الأصل فى العقود المدنية » ·

ولما كان حق التعديل يتناول جميع العقود الادارية ، فان سلطة الانهاء تمتد الى جميع العقود الادارية أيضا ، بشرط تحقيق الأساس الذى تقوم عليه . ولهذا فان تشكك بعض الفقهاء فى وجود قاعدة عامة بهذا الخصوص لا محل له ، ولا يؤيده لا قضاء مجلس الدولة الفرنسى ولا المصرى كما رأينا ، وان كان ثمة بعض العقود الادارية التى يكون من العسير تحقيق شروط التعديل فيها . فحق التعديل — بما فيه سلطة الانهاء — لا يمكن استعماله الا لتحقيق صالح المرفق . والعقود المالية بطبيعتها لا تمس المرافق العامة بطريق مباشر ، وبالتالى لا يجوز انهاؤها قبل الأوان . ومثال ذلك عقد القرض العام ، فانهاء مثل هذا العقد لابد وأن يستهدف تحقيق مصالح مالية للادارة لامصالح عامة[1] .

٤ — وللاحاطة بمدى حق الادارة فى انهاء العقود الادارية ، يتعين مراعاة الأحكام التالية :

أولا — أن حق الادارة فى انهاء العقود الادارية ليس سلطة مطلقة ، تلجأ اليها الادارة كيفما أرادت
«Une pure faculté discretionnaire»

ولكنها سلطة تقديرية ، يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة . على النحو الذى أوضحته الأحكام الادارية التى أوردنا نصها ، سواء فى فرنسا أو فى مصر . ومن الأسباب التى تبرر الالتجاء الى تلك السلطة من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، زوال الغرض الذى من أجله تعاقدت الادارة (La disparition des besoins du service public)

ومن أوضح الأمثلة على ذلك وقف القتال ، الذى يؤدى الى تخويل الادارة حق انهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربى . ولقد التزم مجلس الدولة الفرنسى هذا المسلك عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية[2] .

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٢ فى قضية «Orcibal et Leclère» المجموعة ص ٧٥ .

(٢) على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٢٥ فى «Chantiers de =

من تلك الأسباب أيضا الغاء المرفق العام ، أو تعديل نظامه على نحو يؤدى الى الاستغناء عن العقود المتعلقة به (La suppression ou la transformation du service public) ومثال ذلك الغاء عقود التطوع لالغاء الوظائف الخاصة بالمتطوعين نتيجة لاعادة تنظيم المرفق العام ، أو الغاء عقد الامتياز نظرا لتحويل طريقة الادارة من الامتياز الى طريقة الادارة المباشرة .. الخ .

ثانيا — ان الادارة حين تستعمل تلك السلطة ، انما تسبعملها تحت رقابة القضاء . وللقاضى الادارى بناء على طلب المتعاقد أن يتحرى الأسباب الحقيقية التى دفعت الادارة الى انهاء العقد . ويصبح القرار الصادر بالانهاء غير مشروع ، اذا قام الانهاء على سبب غير سليم ، أو اذا استهدفت الادارة مصلحة غير المصلحة العامة .. الخ[1] .

ثالثا — ولكن سلطة القاضى محدودة فى هذه الحالة ، فهى مقصورة على التحقق من جدية السبب الذى استهدفته الادارة . ولكنه لا يملك التصدى لبحث مدى ملاءمة انهاء العقد للسبب الذى قام عليه الانهاء[2] . وهكذا تختلف رقابة القضاء فى هذا المجال عنها فى حالة رقابة فسخ العقد كجزاء لخطأ المتعاقد : ففى هذه الحالة الأخيرة ، للقاضى أن يبحث مدى ملاءمة الفسخ كعقوبة للخطأ المنسوب الى المتعاقد .

هذا ، ويلاحظ أن القرار الصادر بانهاء العقد الادارى ليس من اللازم أن يكون مسببا . ولكن هذا المبدأ لابد وأن يطرأ عليه

= «Nazaire» المجموعة ص ٢٨ . وبعد الحرب العالمية الثانية ، حكمه الصادر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٣ فى قضية «Chambouvet» المجموعة ص ٥٠ .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ فى حكم «Santoni» المجموعة ص ٥٣٣ ، وحكمه فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٣ فى قضية «Entre. Duval» مجلة القانون العام سنة ١٩٥٤ ص ١٩٨ .

(٢) وهذا هو منطق حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ فى قضية «Gargiule» وقد سبقت الاشارة اليه .

بعض التغيير فى فرنسا بعد صدور قانون فى ١١ يوليو سنة ١٩٧٩ (والذى نفذ من ١١ يناير سنة ١٩٨٠) ، يوجب فى مادته الأولى تسبيب جميع القرارات الفردية التى تلحق ضررا بالمواطنين .
«decisions administratives individuelles défavorables aux adminitrés»
ولا مقابل لهذا القانون فى مصر حتى الآن .

رابعا : اذا ثبت للقضاء الادارى أن القرار الصادر بانهاء العقد لا يقوم على سبب مشروع ، فانه يملك الغاء القرار ، كقاعدة عامة ؛ فيما عدا ما يتعلق بعقود الأشغال العامة ، فلقد رأينا أن مجلس الدولة الفرنسى يرفض الغاء القرارات الصادرة من الادارة بخصوصها ، استنادا الى أن الادارة هى صاحبة الأشغال ، وأن لها مطلق حرية التصرف بخصوصها ، وبالتالى فان حق مقاول الأشغال العامة يتحول الى تعويض .

ولو نجد حتى الآن أحكاما تفصيلية للقضاء الادارى المصرى فى هذا الصدد . والأحكام التى أوردناها من قضاء مجلس الدولة الفرنسى تعتبر بصفة عامة ، مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيما عدا ما يتعلق بتضييق حق القضاء فى مراقبة مدى ملاءمة السبب الذى تتذرع به الادارة للقرار الصادر بالانهاء . ولعل مرجع هذا المسلك الى أن المتعاقد لن يضار من ذلك التضييق ، لأنه سوف يحصل على التعويض على أية حال كما سنرى حالا .

٥ — ويوازن سلطة الادارة الخطيرة فى انهاء العقد ، حق المتعاقد فى الحصول على تعويض . وقد حرصت الأحكام التى أشرنا اليها على ابراز هذا الحق . ولكن مجلس الدولة الفرنسى يستبعد التعويض اذا تضمن العقد نصا صريحا على حق الادارة فى انهائه لدواعى الصالح العام دون تعويض[١] .

غير أن التعويض يخضع للأحكام العامة المقررة فى هذا الصدد .

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٥٢ فى قضية «Eloy» المجموعة ص ٢٢٥ .

ومنها شرط حصول ضرر من جراء انهاء العقد . فاذا ثبت أن فسخ العقد لم يرتب ضررا للمتعاقد فلا تعويض . ومثال ذلك أن تكون العملية قد أسفرت عن خسارة للمتعاقد[١] .

وعند تحديد التعويض ، يلجأ القاضى الى النصوص أولا . فاذا لم يكن ثمة نص فى القوانين أو اللوائح أو فى العقد ذاته ، فان القضاء الادارى الفرنسى يتبع القواعد الآتية فى تحديد قيمة التعويض : ان التعويض الذى يحكم به فى هذه الحالة ، هو التعويض الكامل ، الذى يغطى جميع ما لحق المتعاقد من خسارة ، وما فاته من كسب[٢] . ويدخل فى تقدير التعويض ، الأضرار المعوية[٣] .

على أن مجلس لدولة الفرنسى يستبعد من التعويض الذى يمنحه عنصر الأرباح التى تفوت المتعاقد من جراء الفسخ ، فى حالة ما اذا ثبت أن انهاء العقد كان مرجعه الى ظروف خارجية لا يد للادارة فيها ، وتجعل الفسخ نتيجة لا يمكن تجنبها على الأقل من حيث الواقع . ومن أوضح الأمثلة على ذلك قيام الحرب أو انتهاؤها[٤] .

وقد اختلف الفقهاء فى تبرير القضاء السابق : فذهب البعض الى أن استبعاد الأرباح التى تضيع على المتعاقد من جراء فسخ العقد يرجع الى حالة القوة القاهرة التى تواجهها الادارة والتى تؤدى بها

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية (Sté. Nerson) المجموعة ص ١٣٤٠ ، وفى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ فى قضية «Teysseyre» المجموعة ص ٩١٢ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٩٣٦ فى قضية «Derin» المجموعة ص ٥١٤ وفى ٦ يونية سنة ١٩٣٠ فى قضية «Chantiers maritimes du Midi» المجموعة ص ٦١٠ وفى ١٨ مايو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Sté. des travaux et constructions» المجموعة ص ٢٢٨ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٦ فى قضية «Sté Carette» المجموعة ص ١٨٥ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٢٥ فى قضية «Chantiers de St Nazaire» المجموعة ص ٢٨ وفى ٥ مايو سنة ١٩٢٦ فى قضية «Min, de la marine» المجموعة ص ٤٥٤ وفى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ فى قضية «Labadie» المجموعة ص ٩٠ وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية (Chambouvet) المجموعة ص ٥٠ .

الى فسخ العقد[١] • ولكن هـذا التبرير غير صحيح[٢] ، لأن انتهاء الحرب ليس دائما من قبيل القـوة القاهرة ، على الأقل اذا أخذناها بمعناهـا التقليـدى ، كسبب خـارجى يؤدى الى اسـتحالة تنفيذ الالتزام • واذا كان مجلس الدولة الفرنسى قد خرج على هذا المعنى التقليدى ، فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، فانه ليس من المصلحة العامة أن نتوسع فى تطبيقات هـذا التوسع • ومن ثم فانه لا يمكن تبـرير قضـاء مجلس الدولة الفرنسى الا على أساس العدالة المجردة ، ذلك أنه من العدل ، متى فرض على الادارة انهاء العقد ، أن يقتصر التعويض على ما يتحمله المتعاقد من خسائر فعلية دون حساب للأرباح المحتملة •

وفى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ (سبق) نجد أن ادارة المشتريات بمصلحة المخازن بوزارة الصحة قد طلبت توريد عدد كبير من المباصق الزجاجية • فتقدم أحد الأفراد بعطاء على أساس توريد الكمية المطلوبة وفقا لعينة تقدم بها هو ، وقد قررت لجنة البت قبول العطاء على أساس عينة قسم الصدر التى لم يستدل عليها • ولما طرح النزاع أمام القضـاء ، قررت المحكمة الادارية العليا — بعد فحص ظروف الحـال — أن أحكـام المادتين ١٢٠ و ١٢١ من القانون المدنى الخاصتين بتحديد الغلط لا تنطبق أحكامهما فى هذه الحالة لأن « تحديد الجهة الادارية المتعاقدة للصنف المطلوب على هـذا النحو لا يعد من قبيل الغلط لتلاقى الارادتين على العينة التى كانت محـل اعتبار عنـد التعاقـد ••• » وأن السبب الحقيقى لرفض الادارة تسلم المباصق « هو عـدم الحاجة للمباصق الموردة بعد أن تمسكت مصلحة الأمراض الصدرية بأنها لا تصـلح مبصقة فى وحداتها ، وأنه ليس لها وجه للانتفاع بها » • وعقبت المحكمة الادارية العليا على ذلك بايراد المبـدأ الذى سبق ذكره من

(١) بهذا المعنى ، تعليق الأستاذ فالين ، على حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٠ سبتمبر سنة ١٩٤٥ والمنشور فى مجموعة (Recueil Penant) سنة ١٩٤٧ ، ص ١٨٠ •

(٢) راجع فى انتقاده رسالة الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ١٤٥ وما بعدها •

أنه اذا كان من حق الادارة انهاء العقد لدواعى الصالح العام ، فان المتعاقد لم يخطىء ، وبالتالى يتعين تعويضه ، وقالت انه « طبقا لهذه القواعد فانه يحق للجهة الادارية أن تتحلل من تعاقدها المائل بعد ما تحقق لها أن الأصناف الموردة والتى تم التعاقد عليها لا تفى بالغرض المطلوبة من أجله ، ويعتبر العقد بذلك كأن لم يكن ، وتعود الحال الى أصلها قبل التعاقد ، فتقوم الجهة الادارية بتسليم المدعى الأصناف التى قام بتوريدها ، والتأمينات التى دفعها ، وما الى ذلك ، على أن يرد هو بدوره للجهة الادارية ما يكون قد حصل عليه منها تنفيذا لهذا العقد » .

ولما كان المتعاقد لم يخطىء كما ذكرنا ، فان المحكمة الادارية العليا قررت تعويضه ، ولكنها فى حساب مبلغ التعويض قدرت أن المتعاقد يمكن أن يفيد من طرح الأصناف للبيع فى السوق ببطء ، فمنحته مبلغ ٤٠٠ جنيه ، وكان المبلغ المطلوب — والذى قضت به محكمة القضاء الادارى — ١٧٠١ جنيها .

تلك هى الأسباب العامة التى تؤدى الى نهاية العقود الادارية ، سواء أكانت تلك النهاية طبيعية ، أو مبتسرة . ولكن المشرع قد يصدر فى بعض الأحيان تشريعات خاصة ، لتنظيم كيفية فسخ بعض العقود فى حالات خاصة ، لا سيما فيما يتعلق بظروف انتهاء الحرب والتى أشرنا اليها . وفى هذه الحالات يكتفى القضاء الادارى بتطبيق تلك النصوص التشريعية ، سواء فيما يتعلق بكيفية الانهاء أو بتقدير التعويض[1] .

وهذا التنظيم يستقل كل مشرع بتقديره وفقا للظروف المحلية الخاصة بكل دولة . ومن ثم فانه لا يعنينا فى هذا المقام .

---

(١) راجع فى التفاصيل مطول الأستاذ دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٦٨ وما بعدها .

الباب الثانى

دراسة خاصة لانقضاء عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد

سوف تتيح لنا هذه الدراسة الاحاطة بالخصائص الذاتية لكيفية انقضاء العقود الادارية • ولهذا يجرى الفقهاء الذين تناولوا موضوع العقود الادارية بالدراسة ، على تطبيق القواعد العامة فى نهاية العقود الادارية على هذه العقود الادارية الثلاثة ، باعتبار أنها أهم العقود الادارية المسماة • ولقد رأينا أنه من المصلحة متابعة هذا المسلك •

الفصل الأول

نهاية عقد الامتياز

وندرس هذا الموضوع على الترتيب التالى :

أولا : مدى انطباق الأسباب العامة لنهاية العقود الادارية فى حالة عقود الامتياز .

ثانيا : دراسة خاصة لنهاية عقود الامتياز عن طريق الاسترداد .

ثالثا : تصفية عقد الامتياز .

المبحث الأول

نهاية عقد الامتياز وفقا للطرق العامة لانقضاء العقود

الفرع الأول

النهاية الطبيعية لعقد الامتياز

١ ـ ينتمى عقد الامتياز الى طائفة العقود الزمنية ، التى يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيها . وبالتالى فان النهاية الطبيعية لعقود الامتياز تحل بأنقضاء االزمن المحدد لنفاذها . واذا كان موضوع عقد الامتياز هو الالتزام بتسيير مرفق عام ، وكان المفروض أن يستمر المرفق فى أداء الخدمة المنوطة بـه الى زمن غير محدد ، فان المسلم بـه في فرنسا[١] وفى مصر ، أن التزامات المرافق العامة لا يمكن أن تكون مؤبدة . ولقد سبق أن ذكرنا أن دستور سنة ١٩٢٣ قد حرم تأبيد تلك العقود ، وأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قد وضع حدا أقصى لمدة نفاذ عقود الامتياز هو ٣٠ سنة[٢] .

---

(١) مطول جيز في العقود ، الجزء الثالث ، ص ١١٤١ ؛ وموجز بونار فى القانون الادارى ، الطبعة الرابعة ، ص ٧٥٨ وما بعدها ، ومطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٧٦ .

(٢) تنص المادة الأولى من القانون السابق على أنه « لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة » .

وتحدد المدة المقررة لنفاذ عقود الامتياز بمقتضى العقد ذاته ، وفى نطاق المد ةالمقررة بمقتضى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ • فاذا أغفل العقد تحديد المدة ـ وهو فرض نادر الوقوع عملا ـ فلا مناص من اعتبار تلك المدة ٣٠ عاما ، باعتبار أن تلك المدة هى أقصى ما يمكن أن يتفق عليه الطرفان •

ويبدأ سريان تلك المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد «La date d'approbation du contrat» وبانقضاء المدة المحددة من هذا التاريخ ينقضى العقد بقوة القانون •

٢ ـ ولكن تحديد مدة العقد بحد أقصى قدره ثلاثون عاما ، لا يحول دون تجديد عقد الامتياز عند نهاية المدة «renouvellement» كما أنه لا يمنع من مد المدة المتفق عليها أصلا فى العقد : «prolongation» ولكن يجب عندنا التمييز بين الحالتين : أما فيما يتعلق بالتجديد ، فلا شك فى امكان حدوثه ، ذلك أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، اذا كان قد حدد مدة العقد الأصلى بثلاثين عاما ، فانه لم يمنع التعاقد مرة أخرى مع ذات الملتزم بمقتضى عقد جديد • وبالتالى يجوز للملتزم القديم ، عند انقضاء عقده القديم ، أن يتقدم للتعاقد مرة أخرى ، ولمدة جديدة ، بمقتضى عقد جديد ، اذا ثبت للادارة أنه أصلح المتقدمين لأداء الخدمة المطلوبة • أما فيما يتعلق بمد المدة المتفق عليها فى العقد الأصلى ، فان الأمر بخصوصها يحتاج الى شىء من الايضاح : ذلك أننا لو أطلقنا حرية الادارة فى الاتفاق على مد المدة المتفق عليها فى العقد أصلا لأصبح نص المادة الأولى من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لغوا ، ولهذا فيجب أن نفرق بين حالتين :

الأولى : أن تكون المدة المتفق عليها فى العقد الأصلى أقل من ثلاثين عاما • وهنا يجوز للادارة الاتفاق على مد المدة بما لا يجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه قانونا •

والحالة الثانية : أن تكون المدة المقررة فى العقد هى ثلاثون عاما ، وهنا لا يجوز مد هذه المدة الا بمراعاة أحكام تجديد العقد .

وسواء تعلق الأمر بالتجديد أو بمد العقد لفترة أخرى ، فيجب أن تكون نية الطرفين واضحة ، وقد تم التعبير عنها بما لا يدع مجالا للشك[1] . ويجب أن يصدر التجديد أو المد من السلطة المختصة بابرام العقد الأصلى[2] . وتثور هنا بعض الصعوبات والتى مردها الى ضرورة مراعاة الطريقة التى يجب التزامها عند ابرام عقد الامتياز ، لا سيما ما تعلق بموافقة البرلمان على النحو الذى سبق تفصيله فى موضعه من هذا المؤلف .

ولما كان التجديد يعتبر عقدا جديدا ، فلا مناص من التزام الطريق الذى يفرضه المشرع لابرام العقد الأول . ونذكر فى هذا الخصوص بنص المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ والتى تقضى بأن «يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الاتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة (مجلس الشعب) .

٣ ـ وأحيانا يحتوى عقد الامتياز على شرط أولوية الملتزم القديم عند التجديد «Clause de préférence» وهذا الشرط يعنى أنه عند نهاية العقد الأصلى ، واذا أرادت الادارة الاستمرار فى ادارة المرفق موضوع التعاقد عن طريق الالتزام ، فان الملتزم القديم يفضل عند تساوى الشروط والظروف بينه وبين المتقدمين الجدد للتعاقد (à conditions égales) وهذا الشرط مشروع ، ويتعين على الادارة

---

(١) حكم المجلس الصادر فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٣ فى قضية (Sté. des pompes funèbre Lamy — Trouvain) ، المجموعة ص ٢٧٥ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٠ فى قضية (Lacambre) المجموعة ص ٤٤٢ .

احترامه ، لأنه لا يتنافى مع مقتضيات سير المرفق العام ، بل ان العدالة تحتمه لأن الملتزم القديم ، يمتاز عن سائر المتقدمين الجدد للتعاقد ، بأنه اكتسب خبرة في ادارة المرفق محل التعاقد ، وبالتالى فعند تساوى الظروف بينه وبينهم ، فان كفته تكون الراجحة ·

ويميز الفقهاء في فرنسا بين شرط التفضيل السابق ، وشرط التجديد «Clause de renouvellement» أو شرط مد المدة (clause de prolongation) باعتبار أن الشرط في الحالة الأولى يعنى قيام عقد جديد مستقل عن العقد الأول · أما في الحالة الثانية فان الشرط يعنى امتداد العقد القديم بذات شروطه · ولكننا نرى أن شرط التجديد لا يمكن أن يؤدى الى المعنى السابق الا اذا وافق عليه البرلمان عند تخويل الادارة حق التعاقد · أما اذا لم يتضمن اذن البرلمان هذا الشرط ، فان التجديد يكون بمثابة عقد جديد ، قد يتفق مع العقد القديم في شروطه ، وقد يختلف عنه · أما شروط مد المدة — في الحدود التي أوضحناها — فهو الذى يختلف عن شرط التفضيل السابق ·

٤ — ويحدث غالبا أن يهمل الملتزم في تجديد أدوات المرفق وآلاته ومشتملاته قرب نهاية المدة المحددة للعقد · ولهذا فان عقود الامتياز كثيرا ما تتضمن نصوصا لمواجهة هذه الحالة ، وذلك بالنص على ضرورة خصم مبالغ محددة من الأرباح وتخصيصها لتجديد أدوات المرفق ومشتملاته بما يجعلها صالحة لأداء الخدمة عند نهاية العقد · والمسلم به عادة أن الادارة لا يمكنها أن تحجز هذه المبالغ الا اذا وجد نص صريح في العقد بهذا المعنى[١] ·

ولكننا نرى أن حق الادارة في الاشراف والرقابة يمكنها من اجبار الملتزم على تجديد أدوات المرفق اذا قصر · واذا هو لم يحترم ارادة الادارة فانها تستطيع أن تطلب فسخ العقد على مسئوليته

---

(١) مطول دى لوبادير في العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٧٩ ·

وبالتالى تحبط مسعاه ، وترد قصده عليه • ولكن النص على تنظيم هذه المسألة ، يسهل رقابة القضاء ، ويقلل من فرص الخلاف بين الادارة والملتزم • ولهذا تحرص معظم عقود الامتياز كما ذكرنا على تنظيم نسبة المبالغ التى يتعين اقتطاعها من الأرباح ، والمدة التى يبدأ منها الالتزام بتجديد الآلات •

وبانتهاء المدة ، ينقضى العقد بقوة القانون كما ذكرنا ، وبالتالى يتحرر المتعاقد من الالتزام بادارة المرفق • ولكنه اذا استمر فى الاشراف على المرفق ، وأداء الخدمة المنوطة به ، بحسن نية ، وكان ذلك لفائدة المرفق ، فان له الحق فى المطالبة بالتعويض على الأساس الذى سبق أن أوضحناه •

الفرع الثانى

النهاية المبتسرة لعقد الامتياز

قد ينتهى عقد الامتياز ـ كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية ـ نهاية مبتسرة ، قبل المدة المحددة لنفاذه • ولكن عقد الامتياز ينفرد ـ دون سائر العقود الادارية ـ بخاصيتين أساسيتين ، تقوم عليهما الأحكام المنظمة لهذا الموضوع وهما :

أولا ـ صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام ، والتى تزيد من فرص نهاية العقد قبل ميعاده المحدد •

ثانيا ـ جسامة المبالغ التى يستلزمها اعداد المرفق ، والتى تستوجب حماية الملتزم •

هذا ويمكن رد أسباب انقضاء عقد الامتياز قبل الأوان الى ثلاثة عوامل : أولا ـ الاسقاط • ثانيا ـ الاسترداد • ثالثا ـ الفسخ لسبب من الأسباب الاخرى • وفيما يلى نعرض لهذه الأسباب وفقا للترتيب السابق :

١ - § اسقاط الالتزام «La déchéance du concesionnaire»

وهو فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة لخطئه . ولقد سبق لنا دراسة هذه الوسيلة من وسائل انقضاء العقود عند تعرضنا لدراسة الجزاءات التى توقعها الادارة على المتعاقد المقصر . ومن ثم فاننا نكتفى بالاحالة الى تلك الدراسة ، ونكتفى بأن نذكر بأن اسقاط الالتزام لا يمكن الالتجاء اليه - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى - الا بشرطين :

أولا - أن يخطىء الملتزم خطأ جسيما
(une faute de particulière gravité)

ثانيا - أن يحكم به القاضى ، وبالتالى لا تستطيع أن تأمر به الادارة الا بناء على نص صريح فى العقد أو التشريع .

ولكن المحكمة الادارية العليا لم تتابع مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، وقررت فى حكمها الصادر فى ١٩٧٧/١٢/٣٠ (مجموعة المبادىء القانونية ، ص ١٩٢٣ ، حكم مطول) : « ليس صحيحا فى القانون ، أن هذا الجزاء (سحب الالتزام أو اسقاطه) لا يجوز توقيعه الا بحكم من المحكمة المختصة ، اذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها فى حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد ؛ فله - بقرار منه - توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه ؛ وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلا لضمان سير المرفق ؛ كما يثبت لمانح الالتزام دائما - بجانب هذه الجزاءات - اسقاط الالتزام اذا أختل المرفق اختلالا جزئيا أو كليا أو اذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة . غاية الأمر أنه يشترط فى هذا الصدد توافر شرطين : أولها أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر اهماله أو يعجز عن تسييره بانتظام . وثانيهما وجوب انذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ... ولا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة ، بل يكفى فيه قرار من مانح الالتزام ... » وقد سبق لذات المحكمة

تقرير هذا المبدأ فى أحكامها السابقة • كما أن قسم الرأى يعتنق ذات المبدأ •

٢ — § استرداد المرفق «Le rachat de la concession»

وهو عبارة عن انهاء الادارة لعقد الامتياز ، قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضا عادلا • وفى هذه الطريقة يتجلى بصورة واضحة الاعتبار ان اللذان أشرنا اليهما فيما سبق • ومن ثم فاننا ندرسهما تفصيليا فيما بعد •

٣ — § الأسباب الاخرى لفسخ العقد

وقد ينفسخ عقد الامتياز قبل مدته الطبيعية لأسباب أخرى متفرقة منها :

أولا : الفسخ الاتفاقى «La resiliation conventionnelle» وهو الذى يتم باتفاق بين الادارة وبين الملتزم قبل نهاية مدة الالتزام • وقد يختلط من حيث الواقع بطريقة الاسترداد الاتفاقى «Le rachat contractuel» ولكن الطريقتين مختلفتان : لأن حق الادارة فى استرداد الالتزام هو حق أصيل ، سواء نص عليه فى العقد أو لم ينص عليه • وسوف نرى أثر النص على حق الادارة فى الاسترداد فى عقد الامتياز • أما الفسخ الاتفاقى ، فهو يتم عن تراض كامل بين الادارة والملتزم ، وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض الذى يناله الملتزم ، وكيفية دفعه • وتلجأ الادارة عادة الى هذه الطريقة اذا قدرت صعوبة الالتجاء الى طريقة الاسترداد والتى سوف نعرض لها فيما بعد[1]

---

(١) ومن أوضح الأمثلة على ذلك الاتفاق الذى تم بين الدولة فى فرنسا وبين شركات الامتياز الخاصة بمرافق السكة الحديد سنة ١٩٣٧ ، حيث قدرت الحكومة الفرنسية أن طريقة الاسترداد ستكلف الدولة مبالغ لا يمكن تدبيرها • وبالتالى فضلت الالتجاء الى طريقة الاتفاق الودى • راجع فى التفاصيل مقال الأستاذ جيز بعنوان «La réorganisation des chemins de fer d'intérêt général» منشور فى مجلة القانون العام ، سنة ١٩٣٢ ص ٥٣٦ •

ثانيا : الفسخ بقوة القانون «La résiliation de plein droit»

ومن أوضح الأمثلة لهذه الطريقة ، حالة القوة القاهرة ، اذا أدت الى تدمير محل المرفق الذى يدار عن طريق الامتياز • وقد سبق أن أشرنا الى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية «Electricité de France» بهذا الخصوص • ومن ذلك أيضا أن يتضمن العقد نصا بمقتضاه ينقضى العقد فى حالة وفاة الملتزم ، اذا تحقق هذا الشرط ، أو أن يصدر قرار بحل الشركة الملتزمة • ومنه أيضا أن يصدر قانون يتضمن فسخ عقود الالتزام الخاصة بمرفق معين يدار بطريق الامتياز ، وحينئذ يتولى هذا القانون تنظيم طريقة تعويض الملتزم القديم •

ونجد تطبيقا لهذه الحالة فى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة الصادرة فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٦٤ (س ١٩ ، ص ١٢٨) فقد صدر القانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١ بأسقاط التزام مرفق ترام القاهرة ، وقضى بايلولته وتولى أدارته لمؤسسة النقل العام لمدينة القاهرة ، فقالت الفتوى ان المؤسسة ترث المرفق بحالته وقت اسقاط الالتزام • ولما كان المرفق المشار اليه قد اقترض قبل صدور قانون الاسقاط بضمان المجلس البلدى ، فان الفتوى انتهت الى أن « تحل المؤسسة محل المجلس البلدى فى كل ما يتعلق بالمرفق ، ولا يكون للمؤسسة مصلحة جدية فى الاعتراض على سداد أقساط القرض ، لأن هذا السداد سيتم ضمن أموال المرفق » •

ثالثا : الفسخ القضائى بناء على طلب الملتزم : ويلجأ الملتزم الى القضاء طالبا انهاء عقده قبل الأوان لأسباب متعددة منها :

(أ) اذا أخطأت الادارة خطأ جسيما فى تنفيذ التزاماتها •

(ب) اذا عدلت الادارة فى شروط عقد الالتزام بما يخل بتوازنه الاقتصادى اخلالا جسيما يفوق امكانيات الملتزم الاقتصادية أو الفنية أو يغير من جوهر العقد بما يجعله بمثابة عقد جديد ما كان الملتزم ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة •

(جـ) وأخيرا فقد يطلب الملتزم ـ أو الادارة ـ انهاء عقد الالتزام اذا اختل التوازن المالى للعقد نتيجة ظرف طارىء ، وثبت للملتزم أن التوازن المالى للعقد لن يعود اليه ، وذلك وفقا لقضاء مجلس الدولة الفـرنسى فى قضـــية «Tramways de Cherbourg» والتى ســـبقت الاشارة اليها ·

المبحث الثانى

طريقة الاسترداد

(Rachat de la concession)

١ ـ ولقد سبق أن ذكرنا أن هذه الطريقة ان هى الا تطبيق لحق الادارة فى انهاء العقد الادارى قبل ميعـــاده الطبيعى ، فى مجـــال عقـــود الامتياز · ومن ثم فان الاســـترداد يتم بقـــرار ادارى حتى ولو تضمن العقد نصا على حق الادارة فى الالتجاء اليه · فمثل هذا النص كاشف ومنظم لا مقرر لحق جديد كما ذكرنا ·

ولقد ذهب رأى الى تكييف الاسترداد بأنه من قبيـــل نزع الملكية للمنافع العامة[1] · ولكن هذا الرأى ـ كما لاحظ فقهاء أخرون ـ غير صحيح ، لأختلاف النظام القانونى لكل من الاجراءين ، فضلا عن أن الاسترداد ينصب على منقولات بل وعلى أموال ليست مملوكة للملتـــزم[2] · والحقيقة أن الاســـترداد ليس الا مجـــرد فسخ لعقـــد الالتزام ، استعمالا من الادارة لحقها فى انهاء العقود الادارية ، دون خطأ من المتعاقد لدواعى الصالح العام ·

٢ ـ ومع التسليم بحق الادارة فى انهاء عقد الامتياز قبل أوانه

(١) قال بهذا الرأى قديما الفقيه «Colson» فى مؤلفه فى الاقتصـــاد السياسى ص ٤٢٠ وتبناه حديثا الفقيه جيز ، فى مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ص ١٣٢٣ ، وبونار ، موجزه فى القانون الادارى ، الطبعة الرابعة ، ص ٧٩٦ ·

(٢) راجع رسالة الفقيه «Lecomte» فى موضوع «Le rachat des concessions» مقدمة لجامعة باريس سنة ١٩٤٢ ص ٢٥ وما بعدها ، ومؤلف الفقيه دى لوبادير فى العقود الجزء الثالث ، ص ١٨٨ ·

ـ كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية ـ فان الاسترداد يأخذ فى العمل أحد الأوضاع الآتية :

أولا : الاسترداد المنصوص عليه فى العقد (Le rachat contractuel)

ثانيا : الاسترداد غير المنصوص عليه فى العقد ٠
(La rachat non contractuel)

ثالثا : الاسترداد الذى تنظمة قوانين خاصة «Le rachat légal»

ونعرض لكل حالة من هذه الحالات على التوالى :

الفرع الأول

الاسترداد المنصوص عليه فى العقد

والاسترداد المنصوص عليه فى العقد هو النظام الغالب بالنسبة الى معظم عقود الامتياز ٠ بل ان القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة يجعل من هذا النظام القاعدة العامة فى جميع عقود الالتزام فى مصر ، ذلك أن المادة الرابعة منه تنص على أنه « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته » وبهذا النص أصبح من الضرورى أن تتضمن عقود الالتزام التى تعقد فى ظل القانون السابق ، شرطا ينظم كيفية استرداد المرفق قبل ميعاده ٠

ويهمين على موضوع الاسترداد الاتفاقى قاعدة أساسية ، وهى أن حق الاسترداد اذ كان حقا أصيلا للادارة ، فان النصوص الواردة بخصوصه فى عقد الامتياز هى نصوص تعاقدية ،يتعين على القضاء احترامها ٠ ولهذا فان مجلس الدولة الفرنسى يجرى على تطبيق تلك النصوص بدقة متى رفع الأمر اليه بخصوص تفسيرها أو تطبيقها ٠ وبالرجوع الى قضاء مجلس الدولة الفرنسى نجد أنه يلتزم الأحكام الآتية فيما يتعلق بشرط ممارسة هذا النوع من الاسترداد ، وآثاره :

١ ـ § شروط مماسة الاسترداد المنصوص عليه

١ ـ يتعين أن ينص على هذا النوع من الاسترداد صراحة فى العقد • ويفسر القضاء هذا الشرط بدقة • وبالتالى فاذا نص على هذا الشرط فى عقد معين ، وانقضت مدته ، وعادت الادارة الى الاتفاق من جديد مع ذات الملتزم ، وخلا العقد الجديد من الشرط السابق ، فأن الادارة لا يمكن أن تطبق النظام المنصوص عليه فى القد القديم على العقد الجديد[1] • وهذا طبعا لا يعنى أن الادارة لا تملك الالتجاء الى طريقة الاسترداد غير الاتفاقى •

٢ ـ وتتضمن عقود الامتياز عادة حدا أدنى من المدة لا يجوز للادارة استرداد المرفق خلاله • وحينئذ يتعين احترام هذا الشرط ، لا بمعنى أن الادارة قد نزلت عن استعمال حقها فى الاسترداد خلال تلك المدة ، ولكن على أساس أن شروط الاسترداد الاتفاقى لايكمن تطبيقها الا ابتداء من التاريخ المنصوص عليه فى العقد • فاذا شاءت الادارة الاسترداد قبل تلك المدة ، تعين عليها دفع التعويض وفقا للنظام الذى سوف نعرض له فيما بعد •

ولكن منذ حلول التاريخ المنصوص عليه فى العقد ، يصبح للادارة الحق فى الاسترداد وفقا للنظام المنصوص عليه • ومهما كان الوقت الذى تختاره الادارة للاسترداد ، فلا يمكن اعتبار الادارة متعسفة فى استعمال حقها[2] • كما أن تراخى الادارة فى استعمال حقها فى الاسترداد لا يمكن أن يفسر على أنه نزول من جانبها عن هذا الحق[3] •

٣ ـ والغالب أن يتضمن العقد ـ فى حالة نصه على الاسترداد ـ

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى قضية (Ville de Calon-sur Saône) ص ٩٨٦ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٣ فى قضية (Sté. Les Centre électrique) المجموعة ص ٧٠٧ •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٣ فى قضية (Ratié) المجموعة ص ٣٠٣ •

شرطا يقضى بضرورة التنبيه على الملتزم قبل استعمال حق الاسترداد بمدة كافية أو مدة يحددها العقد ، وهو شرط ملزم ٠

٤ — والسلطة المختصة بممارسة حق الاسترداد الاتفاقى ، هى السلطة المختصة بابرام العقد ٠

٥ — وقد يتضمن العقد أسبابا على سبيل الحصر لممارسة الاسترداد ، وحينئذ يتعين على الادارة أن تحترم هذا الشرط ٠ أما اذا خلا العقد من نص من هذا القبيل ، فان الادارة لا تستطيع أن تلجأ الى الاسترداد الا لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، باعتبار أن هذا الشرط عام يهيمن على جميع تصرفات الادارة ٠ فاذا لجأت الادارة الى استرداد المرفق لمجرد تحقيق أغراض مالية ، فان مجلس الدولة الفرنسى يقضى بأن مثل هذا الاسترداد يكون مشوبا بعيب الانحراف[١] ٠

٦ — واذا ثبت للقاضى أن الادارة قد خالفت الشروط المنصوص عليها فى العقد ، فانه يملك أن يحكم عليها بالتعويض ، كما أنه يستطيع أن يقضى بالغاء القرار الصادر بالاسترداد ٠

٢ — § آثار الاسترداد الاتفاقى

١ — يترتب على استرداد الادارة للامتياز وفقا لشروطه . انقضاء العقد ، وبالتالى فانه على الملتزم رد الأرباح التى يحققها بعد تاريخ الاسترداد[٢] ٠

والأصل أن يتناول الاسترداد المرفق بأجمعه ، بحيث لا تستطيع الادارة أن تسترد جانبا منه فحسب ، اللهم الا اذا تضمن العقد نصا صريحا بهذا المعنى ، وذلك لأن الالتزام يكون كلا لا يصح تجزئته ٠

---

(١) مطول جيز فى العقود ، الجزء الثالث ص ١٢٠٧ ، وموجز بونار السابق ، ص ١٧٦٤ وتقرير المفوض (Sain-paul) بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٣ فبراير ١٩٠٦ فى قضية (Ville de Lyon) المجموعة ص ١٧٢ ٠

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية (Gautheron) المجموعة ص ٧٦٦ ٠

٢ ــ ولكن ما موقف الادارة بالنسبة الى الالتزامات التى يتحملها الملتزم فى مواجهة الغير ؟ قد يتولى العقد الاجابة على هذا التساؤل صراحة بالنص على حلول الادارة محل المتعاقد فى تلك الالتزامات ، وحينئــذ تتقيد الادارة بهــذا النص ، ولا تستطيع أن تتحــلل من التزامات المتعاقد فى مواجهة الغير ، الا اذا أثبتت أن ذلك المتعاقد قد تحمل بالتزامات لا يقتضيها التفسير المعقول للعقد[١] .

أما اذا لم يتول العقد تنظيم هذا الموضوع ، فان المسلم به أيضا أن الادارة تتحمل كافــة الالتزامــات التى يقتضــيها ادارة المرفق (Les actes d'administration normaux) والتى تعهــد بها الملتــزم فى مواجهة الغير . أما بالنسبة لغيرها من الالتزامات ، فلا يكفى الشرط السـابق والذى يقضى بأن تكون تلك الالتزامات فى حدود التفسير المعقول للعقد ، بل يتعين أن تكون الادارة قد علمت بتلك الالتزامات ولم تعترض عليها[٢] .

على أنه يجب أن يكون مفهــوما أنه عنــد أيلــولة الالتزام الى الادارة ، فان القيود التى تلتزم بها الادارة فى مواجهة الغير ، انما تنصرف الى تنفيذ الشروط التعاقدية ، أما فيما يتعلق باســتفادة الغير من الخدمة التى يؤديها المرفق ، فانها تخضع لحرية الادارة فى تعديلها . وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٣١ ينــاير ســنة ١٩٥٦ حيث تقــول : « ... انه وان كانت النصوص اللائحية فى عقود الالتزام تبقى حافظة لقوتها الملزمة فى حالة انتقال الالتزام ليد السلطة مانحة الالتزام ، الا أن هذا لا يقيد

---

(١) «Le concessionnaire a pris des engagements qu'une interprètation raisonable de sont raité concession ne lui permettait pas de prendre».

حكم المجلس الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ فى قضية (Cie générale des eaux contre Ville de Lyon) المجموعة ص ٥٢١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ فى قضية (Cie générale des eaux contre Ville de Toulon) مجموعة دالوز سنة ١٩٢٧ ، القسم الثالث ، ص ٩ مع تعليق (Appleton) .

سلطة الحكومة فى تعديل تلك النصوص بما تراه ملائما للمصلحة العامة ، وموافقا للوضع الجديد »[٢] .

٣ ـ على أن أهم نتيجة تعنينا فى هذا المقام ، هى حق الملتزم فى الحصول على تعويض «L'indemnité de rachat» ويمتاز التعويض هنا بأنه اتفاقى ، ومن ثم فان القاضى يطبق النصوص الخاصة به فى ضوء الأصل العام والذى يقضى بأن يكون التعويض كاملا فى مثل هذه الحالات[٢] .

ويكون التعويض اما بدفع مبلغ اجمالى للملتزم «indemnité en capital» أو بطريق دفع أقساط سنوية لمدة محددة «indemnisation par annuité» ، وكثيرا ما تجمع عقود الالتزام بين الطريقتين . وفيما يلى الأسس العامة لكل منهما :

أولا : التعويض الاجمالى : ويراعى عند تقديره أن يشمل عنصرين :

(أ) العنصر الأول : مواجهة النفقات اللازمة لتغطية رأس المال (L'indemnité d'amortssement) والذى يتمثل فى الأسهم والسندات التى يتكون منها رأس المال ، وما انفق على تجهيز المرفق واعداده[٣] ، وذلك وفقا للأسس التى يقوم عليها عقد الالتزام .

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة العاشرة ، ص ١٨٥ ، وقد استطردت المحكمة قائلة « ... فاذا كانت وزارة الأشغال (مصلحة التنظيم) قد رأت فى حدود سلطتها المخولة لها بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ أن تلزم أصحاب الأراضى المعدة للبناء عند تقسيمها بتحمل تكاليف تزويدها بالتيار الكهربائى ، فانها لم تخالف القانون ، وبالتالى يحق لادارة الكهرباء أو الغاز ـ وهى جهة حكومية ـ أن تستند الى هذا المرسوم فى التحلل من تحمل تلك التكاليف » .

(٢) راجع تطبيقا لذلك فى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١١ أغسطس سنة ١٩٢٢ فى قضية (Cie des ch. de fer de l'Est algérien) المجموعة ص ٧٣٧ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٣١ فى قضية (Sté. d'éclairage élect. rique de Bordeaux) ، المجموعة ص ٤٣٤ وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٩ فى قضية (Sté éclairage Bordeax) المجموعة ص ٤٨٥ ، وفى ٢٤ أبريل سنة ١٩٣١ فى قضية (Tricoche) المجموعة ص ٤٣٢ ، وفى ٢٦ يولية سنة ١٩٢٣ فى قضية (Sté. éclairage Bordeaux) المجموعة ص ٨٩٢ .

(ب) العنصر الثانى : ما يفقده الملتزم من أرباح نتيجة لاسترداد المرفق قبل ميعاده الطبيعى (L'indemnité industriel) ويقدر عادة وفقا لمتوسط أرباح الملتزم خلال عدد يحدده العقد من السنوات التى تسبق الاسترداد مباشرة ٠

ثانيا : التعويض فى صورة أقساط سنوية : ويدخل فى تقديرها العنصران السابقان ، فبدلا من أن تدفع الادارة المبلغ مرة واحدة ، فانها تقسطه على عدد من السنين يتفق عليها الطرفان[1] ٠

الفرع الثانى

الاسترداد غير المنصوص عليه فى العقد

٢ ــ وحق الادارة فى استرداد المرفق قبل مدته المنصوص عليها ، العقد نصا على الاسترداد الاتفاقى ، أو فى خلال المدة التى لا يجوز للادارة أن تمارس الاسترداد الاتفاقى أثناءها ، اذا نظم العقد كيفية الاسترداد بعد مضى مدة محددة من البدء فى استغلال المرفق ٠

٢ ــ وحق الادارة فى استرداد المرفق قبل مدته المنصوص عليها ، يسلم به الأغلبية العظمى من الفقهاء ، كالفقيه جيز ، والعميد بونار ، والأستاذين دويز ودى بير ٠٠٠ الخ ٠ وقد نازع فى هذا الحق أقلية مرجوحة من الفقهاء ، وأنكروا التسليم به خارج نصوص العقد ٠ ولعل سندهم فى ذلك ، أن مجلس الدولة الفرنسى لم يصدر أحكاما فى هذا الصدد ٠ ولكن الحقيقة ــ كما لاحظها الأستاذ دى لوبادير ــ أن مرجع عدم وجود أحكام فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى بهذا الخصوص لا لأن المجلس ينكر قيام هذا الحق ، ولكن لأن عقود الامتياز جميعها تتضمن نصوصا تنظم كيفية استرداد الادارة

---

(١) ورغم هذه البساطة الظاهرة ، فان طريقة حساب تلك الأقساط معقدة للغاية ، ويدخل فى تقديرها اعتبارات متعددة ، نرى أنه لا محل لها فى مؤلف عام ، راجع فى تفاصيلها مطول الفقيه دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ص ١٩٧ الى ٢٠٣ ٠

للالتزام[١] • ولقد سبق أن ذكرنا أن هذه النصوص أصبح ادراجها أمرا لازما فى عقود الامتياز فى مصر ، وفقا لنص المادة الرابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ •

ولكن اذا حدث وخلا عقد الامتياز من نصوص من هذا القبيل ، فلا شك فى حق الادارة فى استرداد المرفق دون حاجة لانتظار نهاية المدة : فالادارة تملك حقا أصيلا – لايمكنها أن تتنزل عنه أو تقيد حريتها فى استعماله –[٢] فى أن تنظم المرفق العام فى كل وقت بما يجعله أصلح لاداء الخدمة المنوطة به ، وبالتالى فان لها دائما أن تلغى المرفق ، فينقضى الالتزام ، أو تستبدل بطريقة الادارة القديمة ، طريقة جديدة ، كالاستغلال المباشر أو عن طريق مؤسسة عامة (هيئة عامة) ••• الخ ثم ان المسلم به كقاعدة عامة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى أن للادارة دائما حق انهاء العقود الادارية قبل نهايتها الطبيعية وفقا لمقتضيات الصالح العام • وما استرداد المرفق الذى يدار عن طريق الامتياز الا من قبيل حق الادارة فى انهاء العقود الادارية •

وأخيرا فانه اذا كانت عقود الامتياز تحتوى كما رأينا على شروط تنظم كيفية الاسترداد ، فان تلك الشروط فى معظم الأحيان تحدد مدة معينة لا يجوز للادارة خلالها أن تلجأ الى استرداد المرفق • ولا يمكن التسليم بأن الادارة قد نزلت عن سلطتها خلال المدة المحددة ، فهذا ما لا يجوز كما ذكرنا ، وانما اذا مارست الادارة حق الاسترداد خلال تلك المدة ، فانما ترجع الى حقها الأصيل فى انهاء العقود الادارية فى أى وقت • وكل ما هنالك أن التعويض الذى يتعين منحه للملتزم يقدر وفقا للقواعد العامة دون تقيد بالنصوص الواردة فى العقد بخصوص الاسترداد الاتفاقى •

---

(١) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٢٠٤ •

(٢) ورد هذا المعنى صراحة فى المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ، كما سنرى فيما بعد ، عند استعراض النوع الثالث من أنواع الاسترداد •

٣ — ولما كان الاسترداد فى معظم الحالات هو استرداد اتفاقى ، تنظمة شروط العقد ، فان مجلس الدولى الفرنسى لم تصدر منه أحكام حتى الآن لتنظيم الاسترداد غير المنصوص عليه فى العقد . وهنا لابد من تطبيق القواعد العامة فى انهاء تلك العقود نزولا على مقتضيات الصالح العام ، يقابله حق المتعاقد فى الحصول على تعويض كامل يغطى جميع ما يلحقه من خسارة ، وما يفوته من كسب ، وفقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الصدد . وواضح من هذه القواعد أن الاسترداد غير الاتفاقى يكلف الدولة نفقات طائلة . ولهذا يقرر الفقيه دى لوبادير أن الادارة فى فرنسا لم تلجأ اليه قط[1] اكتفاء بتطبيق شروط الاسترداد الاتفاقى ، أو بفسخ العقد بالتراضى كما سبق أن راينا .

ولما كان الاسترداد الاتفاقى ، ليس الا استعمالا من الادارة لحقها فى انهاء العقد قبل معياده ، فانه يتعين عليها ألا تلجأ الى استعمال هذه السلطة الا لدواعى الصالح العام ، كما لو أرادت تغيير نظام الالتزام الى طريقة الادارة المباشرة ، أو لالغاء المرفق .. الخ . والادارة تمارس تلك السلطة تحت رقابة القضاء على التفصيل السابق .

الفرع الثالث

الاسترداد الذى تنظمه قوانين خاصة

١ — تدخل المشرع الفرنسى منذ سنة ١٨٤٥ ، فى مجال عقود الامتياز ، فأصدر قوانين خاصة ، نظم بها استرداد بعض المرافق الهامة والتى تدار عن طريق الامتياز . وأهم هذه القوانين :

(أ) قانون ٢٩ مايو سنة ١٨٤٥ ، والذى يتعلق باسترداد الامتيازات المتعلقة بقنوات الملاحة فى فرنسا .

---

(١) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٧٠٦ .

(ب) قانون ٣٠ يوليو سنة ١٨٨٠ ، والخاص باسترداد الكبارى التى يتعين دفع عوايد للمرور عليها «Les ponts à péage»

(جـ) قانونا ١١ يونية سنة ١٨٨٠ و ٣١ يوليو سنة ١٩١٣ ويتعلقان بانهاء عقود الامتياز الخاصة بالسكك الحديدية المحلية والنقل بواسطة الترام ٠

(د) قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٠٨ ، والذى أنهى عقد امتياز شركة حديد الغرب ٠

(هـ) قانون ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ الخاص بالتعويض عن أضرار الحرب العالمية الأولى ، وقد خول الادارة استرداد بعض المرافق التى تدار عن طريق الامتياز فى ظروف معينة ٠

(و) قانون ٣١ يوليو سنة ١٩٤٧ والذى خول الهيئات المحلية حق استرداد مرافق الامتياز المحلية فى خلال سنة من تاريخ صدوره ، بقصد تمكين تلك الهيئات من ادارة المرافق المحلية عن طريق الادارة المباشرة أو الاقتصد المختلط[١] ٠

٢ — أما فى مصر ، فان المشرع قد لجأ الى هذا السبيل فى حالة انهاء امتياز شركة قناة السويس ، وذلك بمقتضى القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ، الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٥٦ ٠ وفيما يلى نورد نصوص ذلك القانون التى تعنينا فى هذا الخصوص ،

مادة ١ : « تؤمم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية (شركة مساهمة مصرية) وتنتقل الى الدولة جميع مالها من أموال وحقوق ، وما عليها من التزامات ، وتحل جميع الهيئات واللجان القائمة حاليا على ادارتها ، ويعوض المساهمون وحملة حصص التأسيس عما يملكون من أسهم وحصص بقيمتها مقدرة بحسب سعر الاقفال السابق على تاريخ العمل بهذا القانون فى بورصة الأوراق المالية

(١) راجع فى التفاصيل ، مؤلف الأستاذ دى لوبادير ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ص ٢٠٧ الى ص ٢١٠ والمراجع التى أشار اليها ٠

بباريس . ويتم دفع هذا التعويض بعد اتمام استلام الدولة لجميع أموال وممتلكات الشركة المؤممة » .

مادة ٣ : « تجمد أموال الشركة المؤممة وحقوقها في جمهورية مصر وفي الخارج ، ويحظر على البنوك والهيئات والأفراد التصرف في تلك الأموال بأى وجه من الوجوه أو صرف أى مبالغ أو أداء أية مطالبات أو مستحقات عليها الا بقرار من الهيئات المنصوص عليها في المادة الثانية » .

مادة ٤ : « تحتفظ الهيئة بجميع موظفى الشركة المؤممة ومستخدميها وعمالها الحاليين ، وعليهم الاستمرار في أداء أعمالهم ، ولا يجوز لأى منهم ترك عمله أو التخلى عنه بأى وجه من الوجوه أو لأى سبب من الأسباب الا باذن من الهيئة المنصوص عليها في الماددة الثانية » .

ويتضح من هذه النصوص ، أن القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ، بالرغم من تسميته بأنه خاص « بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية » ، فانه في حقيقة ليس تأميما ، لأن التأميم - بمعناه الفنى - ينصرف الى نزع ملكية المشروعات الخاصة الحيوية ، من الأفراد ، أو الشركات ، لمصلحة الجماعة . أما شركة قناة السويس ، فانها لم تملك قط قناة السويس ، وانما كانت تتولى ادارة المرفق نيابة عن الدولة ، وهكذا يكون القانون السابق مجرد استرداد قانونى «Rachat légal» لمرفق القناة . ولقد كشفت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٨٥ لسة ١٩٥٦ عن المعنى السابق بصورة قاطعة حيث تقول : « ... وان هذه الشركة انما تقوم على استغلال مرفق المرور بقناة السويس ، وذلك العمل يعتبر مرفقا عاما وثيق الصلة بالكيان الاقتصادى والسياسى لمصر . وهى انما تقوم بهذا الاستغلال نيابة عن الحكومة المصرية بمقتضى الامتياز الموضح بالفرمانين الصادرين في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٥٤ و ٥ يناير سنة ١٨٥٦ وما تلاهما من فرمانات أخرى ... فالشركة في قيامها

بهذا العمل ليست صاحبة الحق الأصيل المسلم دائما بأنه للحكومة المصرية ، اذ من المعترف به أن المرافق العامة انما تدار مباشرة من الدولة أو بالوساطة بطريق الامتياز ، وأن من حق الدولة دائما أن تسترد هنا الامتياز باعتباره منحه منها ، سواء ورد فى هذا الشأن نص صريح فى عقد الامتياز أو لم يرد • وأن المصلحة العامة وحدها هى التى تجعل الدولة تختار الوسيلة التى تحقق أكبر قسط من المصلحة العامة ، اذ أن العلاقة بين مانح الالتزام ومستغلة انما تبنى على قواعد القانون الادارى وهو فرع من القانون العام » •

المبحث الثالث

تصفية عقد الامتياز

يثير موضوع انقضاء عقود الامتياز ، بحثا هاما يتعلق بتصفية تلك العقود «Liquidation de la concession» ، لمعرفة مصير الأموال والأدوات المستعملة فى ادارة المرفق ،وهى ضخمة فى الغالب كما ذكرنا ، ولتصفية الحسابات بين الادارة والملتزم • وفيما يلى نعرض للأسس العامة التى يقوم عليها هذا الموضوع •

الفرع الأول

مصير الأموال المادية المستعملة فى استغلال المرفق

١ ــ يستعمل الملتزم فى سبيل اعداد المرفق موضبوع الالتزام ، أنواعا مختلفة من الأموال ، بعضها من قبيل العقارات كالمبانى ، ومحطات القوى ، والسكك الحديدية ، والقنوات •• الخ • وبعضها من المنقولات ، كالسيارات والمواد الخام اللازمة للاستغلال •• الخ ، وبعض هذه الأموال قد تكون مملوكة للملتزم ، وبعضها قد تسلمه له الادارة ، كأن تضع تحت تصرفه أجزاء الدومين العام اللازمة للاستغلال : كالسماح له بشغل جانب من الطريق ، أو مد أسلاك فوقه ، أو حفر أنفاق تحته •• الخ • فما مصير كل هذه الأموال عقب انقضاء الالتزام ؟

٢ - يهيمن على هذا الموضوع قاعدة أساسيه ، وهى أن وثيقة الالتزام هى التى تتضمن تحديد مصير تلك الأموال عند انقضاء الالتزام ، فليس ثمة قاعدة قانونية مسلم بها فى خصوص تلك الأموال • وبالذات ليست هناك قاعدة تقضى بأيلولة تلك الأموال مجانا الى الدولة عقب نهاية الامتياز فى خارج حدود الاتفاق • وبهذا المعنى أفتت ادارة الرأى لمصلحة السكك الحديدية فى ٤ يونية سنة ١٩٥٥ بقولها : « لا يتضمن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة نصا صريحا يقضى بأيلولة موجودات المرافق العامة التى تدار بطريق الالتزام الى الدولة بدون مقابل عند انقضاء مدة الامتياز • وما نصت عليه المادة الثانية من هذا القانون من أنه « لا يجوز أن تتجاوز حصه الملتزم السنوية ••• (المادة) لا يكفى وحده لتقرير حق الدولة فى الاستيلاء دون مقابل على موجودات المرفق فى نهاية مدة الالتزام ، ذلك أن ما ذهب اليه المشرع من خصم مقابل استهلاك رأس المال من الأرباح التى يغلها المرفق لا يعدو أن يكون تقريرا للقواعد العامة فى الاستغلال التجارى • أما تنظيم كيفية أيلولة موجودات المرافق العامة عند نهاية مدة الالتزام فأمر موضوعى محض ، يتعين الاتفاق عليه سلفا بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم • ومن ثم فلا وجه لانتقال الملكية للحكومة بالمجان ، ما لم يقم على ذلك نص فى عقد الالتزام »[1] •

وقد أيد قسم الرأى مجتمعا المبدأ السابق فى فتواه الصادرة فى ٢٣ ماس سنة ١٩٥٥[2] بقوله : « عند أيلولة المرفق لجهة الادارة تؤول تبعا له كافة المنشآت والموجودات التابعة له واللازمة لسيره ، سواء نص فى عقد الالتزام على أيلولتها أو لم ينص • وتكون هذه الأيلولة مقابل التعويض اللازم ، ما لم ينص فى عقد الالتزام على أيلولة هذه الأشياء بدون مقابل •• » •

(١) فتوى رقم ٢٣٧٢ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة العاشرة ومنتصف التاسعة ص ٢٨٨ •

(٢) الفتوى رقم ٤٢٣ •

٣ — وبالرجوع الى التقليد الذى تجرى عليه عقود الامتياز فى فرنسا وفى مصر ، نجد أن تلك العقود تنص عادة على أيلولة بعض الأموال الى الدولة مجانا ، وعلى بقاء ما لم ينص عليه ملكا للملتزم ، مع الاتفاق على حق السلطات العامة فى شراء ما يلزم من تلك الأموال فى ادارة المرفق العام ، وأحيانا يتفق على التزام الدولة بشراء بعضها •

وفيما يلى نعرض للأحكام الخاصة بكل طائفة من تلك الأموال •

١ — § الأموال التى تبقى ملكا للملتزم

لما كان الأصل كما ذكرنا ، أن عقد الامتياز هو الذى يحدد الأموال التى تؤول الى الادارة عند انقضاء المدة ، فان كل ما لم يدرجه العقد فى تلك الطائفة يبقى ملكا للملتزم • فتحديد تلك الطائفة يلجأ فيه اذن الى طريقة سلبية ، بتحديد ما يؤول للدولة ، لمعرفة ما يبقى للملتزم •

ولا تنص عقود الالتزام عادة على مفردات الأموال التى تؤول الى الدولة عقب انقضاء العقد ، وانما يجرى التقليد فى فرنسا على النص عادة على أن تؤول الى الدولة — مجانا أو بمقابل — الأموال التى تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق «Les biens qui font partie intégrante de l'exploatation du sérvice» وعلى هذا الأساس يبقى للملتزم :

(أ) الأموال التى يمكن اعتبارها مستقلة عن المرفق ، ومنفصلة عنه[1] •

---

(١) فى تطبيقات هذه الفكرة راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٦ أبريل سنة ١٩٠٠ فى قضية (Ville de Nantes) المجموعة ص ٢٧١ وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية (Dame Vve Bastit) ، المجموعة ص ٩٤٠ •

(ب) الأموال التى لا تعتبر كلا لا يتجزأ عن المشروع الأساسى للامتياز ، ومثال ذلك من قضاء مجلس الدولة الفرنسى مكاتب الادارة الخاصة بالمشروع «Les lecaux administratifs» [1] .

٢ — § الأموال التى تؤول الى الدولة مجانا

١ — ويطلق عليها بالفرنسية اصطلاح «Biens de retours» ، وهى الأموال التى تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق كما ذكرنا . ويتعين أن ينص عليها صراحة فى العقد وفقا للمبدأ الذى شرنا اليه فيما سلف . والعادة أن تشمل هذه الأموال العقارات المستغلة فى المشروع ، كالاراضى ، والمصانع ، والطرق ، والعقارات بالتخصيص . ولكن قد ينص العقد على ادراج بعض المنقولات فى تلك القائمة ، كالعربات فى مرافق النقل بالسكك الحديدية أوالسيارات أو الترام ، أو قطع الغيار اللازمة للادارة ، أو زوارق الارشاد ... الخ .

٢ — اذا كان الأصل أن ينص على أيلوية الأموال السابقة الى الدولة بقوة القانون بمجرد انقضاء الالتزام ، فانه يحدث أن يتضمن العقد نصا على حق الادارة الاختيارى فى ترك بعض الأدوات التى يتبين عند انقضاء العقد أنها قد غدت غير صالحة لاستغلال المرفق . ولا جديد فى هذا النص ، فان الادارة تستطيع أن تعمل بما فيه ، ولو لم يرد صراحةفى العقد .

٣ — وتفترض الأيلولة المجانية لهذه الأدوات ، أن الملتزم قد كان لديه الوقت الكافى لاستهلاك ثمنها من الأرباح . ومن ثم فان عقود الامتياز تتضمن عادة الشروط اللازمة لمواجهة المفاجآت ، والتى قد تحول بين الملتزم وبين استهلاك ثمنها . ومن أوضح الأمثلة على ذلك استرداد الادارة المرفق قبل نهايته الطبيعية كما رأينا .

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩٢٩ فى قضية «Cie gén, éclairage Bordeaux» المجموعة ص ٤٨٥ .

٤ ـ ولما كان الملتزم يعلم سلفا أن الأموال السابقة سوف تؤول مجانا الى الدولة فانه قد يميل الى الاهمال فى صاينتها ، حتى يكسب أكبر قدر ممكن من الأرباح • وتحتوى عقود الامتياز عادة على شروط مفصلة بالتزامات المتعاقد فيما يتعلق بصانة تلك الأموال ، بحيث تسلم فى حالة جيدة عند نهاية المدة • ولكن المسلم به ، أن الالتزام بصيانة تلك الأموال مقـرر دون حاجة الى النص عليه صراحة فى العقد[1] • وللادارة الحق فى أن تخصم المبالغ اللازمة لهذه الصيانة أو لاصلاح الأدوات التى قصر الملتزم فى صيانتها مما يكون مستحقا له عند تصفية الحساب النهائى بينه وبين الادارة • بل اننا نرى أن من حـق الادارة ـ استنادا الى سلطتها فى رقابة الملتزم ـ أن تجبره على القيام بكافة الاصلاحات اللازمة ، لأن قاعدة استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد تقضى بأن تكون المرافق صالحة لأداء الخدمة المنوطة بها فى كل وقت • واهمال الملتزم فى الصيانة يعرض المرفق للتوقف عند نهاية المدة • ومن ثم يكـون من حق الادارة أن تعمـل بالطرق المشروعة على تجنب تلك النتيجة •

§ ٣ ـ الأموال التى من حق الدولة أن تشتريها

ويطلق على هذه الأموال بالفرنسية اصطلاح «biens de reprise» وتحـددها أيضا شروط العقـد • وهى كالنوع الأول ، أى من قبيل الأموال التى تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المشروع • غير أنها تكون من المنقولات عادة ، بينما ينتمى النـوع الأول الى طائفة العقارات غالبا •

وكما تحدد شروط العقـد ما ينتمى الى هذه الطائفة من أمـوال فانها تحدد أيضا مدى حرية الادارة فى شرائها : فتارة يكون للدولة أن تشترى ما ترى لزومه للمرفق منها ، وتارة أخرى تلتزم بشراء مايحدده العقد من بين تلك الأموال[2] •

---

(١) مطول جيز فى العقود ، الجـزء الثالث ، ص ١١٧٣ ، ومطول دى لوبادير ، الجزء الثالث ، ص ٢١٢ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٧ مايو سنة ١٩٤٢ فى قضية «commune de Luc-en-Diois» المجموعة ص ١٤٨ •

وتحدد شروط العقـد أيضـا الأسس التى يقوم عليها تقـدير ثمن تلك الأموال ٠

الفرع الثانى
تصفية الحسابات بين الملتزم والادارة

يعتمد الملتزم عادة على الرسوم التى يتقاضاها من المنتفعين فى سبيل تغطية ما ينفقه على اعداد المرفق ، وما يعول عليه من ربح ٠ ولكن انقضاء الالتزام قد يثير مسألة أخيرة تتعلق بتصفية الحسابات بين الادارة والملتزم ٠ فقد تنهى الادارة العقد نهاية مبتسرة كما رأينا ، وقد تكون الادارة قد التزمت فى مواجهة المتعاقد بأن تضمن له حدا أدنى من الربح ، أو تكون قد تسببت بتصرفاتها فى أن تحمله بعض الأعباء ٠ وقد يكون الملتزم مقصرا فيما يتعلق بصيانة الأموال التى سوف تعود مجانا الى الدولة ، أو فيما يختص بالأتاوة التى يتعين دفعها للدولة ٠٠٠ الخ ٠ وكل هذه الأمور تقتضى تصفية على أساس المقـاصة بين حقوق كل من الطـرفين ، واستنزال المبالغ المستحقـة للادارة ، من ثمن الأموال التى يتعين على الادارة شراؤها ٠

والقاعدة التى تحكم تلك التصفية ، تنحصر فى اعمال شروط العقد ، على أساس أن النصـوص التى يتضمنها عقد الالتزام فى هذا الصدد ، هى نصـوص تعـاقدية ، ملزمة لكل من الطرفين ٠ ومن ثم فان مهمة القضاء ، فيما لو طرح عليه النزاع ، أن يعمل على تفسير تلك الشروط ، والتزام أحكامها ، وفقا للنية المشتركة للطرفين المتعاقدين[1] ٠

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١١ أغسطس سنة ١٩٢٢ فى قضية «Chemins de fer de l'Etat algérienne» المجموعة ص ٧٣٦ وقد جاء فيه :

«En l'absence de toute stipulation expresse relative au remboursement en cas de rachat de la créance de l'Etat, il y a lieu de rechrcher par l'interpétation de l'ensemble des dispositions des convention l'intentions commune des parties contractantes».

والنتيجة التى نخرج بها من هذه الدراسة ، أن موضوع تصفية عقد الامتياز يخضع خضوعا شبه تام لشروط العقد ، وأن على القاضى حتى فى حالة غموض الشروط ، أن يتلمس الحل على ضــوء شروط العقد فى مجمــوعها ، مستهديا فى ذلك بنية الطــرفين المشتركة • ومن ثم فان مجال القضاء الانشائى فى هذا المجال محدود ، لاقتصار دوره على تفسير شروط العقد وتنفيذها •

ولهذا فان من الأهمية بمكان أن تصاغ شروط عقــد الامتياز بوضوح تام حتى تقطع السبيل على كل نزاع عند التصفية •

الفصل الثانى

نهاية عقود الأشغال العامة

تنتهى عقود الأشغال العامة نهاية طبيعية أو مبتسرة كسائر العقود الادارية · وفيما يلى نعرض للطريقتين ·

المبحث الأول

النهاية الطبيعية لعقود الأشغال

الوضع الغالب بالنسبة الى عقود الأشغال العامة أنها عقود فورية ، تنقضى بتنفيذ كل من الطرفين المتعاقدين لالتزاماته المترتبة على العقد[1] · أما التزامات الادارة فتنحصر فى الوفاء بالثمن المتفق عليه فى العقد · أما التزامات المتعاقد فتقوم على اتمام الأعمال موضوع العقد ·

وفيما يتعلق بدفع الثمن ، فقد سبق أن أشرنا اليه ، ونعرض هنا لكيفية الوفاء بالتزامات المقاول ، ويتحرر المقاول من التزاماته قبل الادارة بتسلم الادارة للأعمال التى قام بتنفيذها ·

ولكن يجب أن نميز فى هذا الصدد بين الاستلام المؤقت للأعمال والاستلام النهائى لها ·

---

(١) ولكن ثمة طائفة خاصة من عقود الأشغال تعتبر من قبيل العقود الزمنيه ، وهى عقود الالتزام بالصيانة «Le marché d'entertien» وتنقضى هذه العقود بانتهاء المدة المقررة فى العقد ، كما هو الشأن فى عقود الالتزام وغيرها من العقود الزمنية ·

الفرع الأول
الاستلام المؤقت

(La reception provisoire)

١ ـ وهو الذى يتم عقب انهاء المقاول للأعمال المتفق عليها مباشرة . والأصل فيه أن يتم فى حضور المقاول أو مندوبيه[1] . وقد نظمته المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والتى تقابل المادة ٩٧ من اللائحة الملغاة) . فبعد أن ألزمت المقاول بأن يخلى الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا وأن يمهده ، والا قامت الادارة بذلك على حسابه ، قالت « ... ويخطر (المقاول) عندئذ بالموعد الذى حدد لاجراء المعاينة ، ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعاينة ، ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة الذين يخطر المقاول بأسمائهم ، ويكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم احداها للمقاول » . وهكذا تكون تلك المادة قد احتفظت بقاعدة التسلم فى حضور المقاول .

ولكن ما الحل لو تخلف أحد الطرفين عن الحضور ؟! أما فيما يتعلق بتخلف المقاول أو مندوبه عن الحضور ، فقد أجابت عنه المادة ٨٥ السابقة صراحة بقولها : « ... وفى حالة عدم حضوره (المقاول) أو مندوبه فى الميعاد المحدد ، تتم المعاينة ويوقع المحضر من مندوبى جهة الادارة وحدهم ... » ولكن المادة لم تعرض لحالة تخلف الادارة عن الحضور أو امتناعها عن اتمام التسليم المؤقت . ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على حق المقاول فى اتمام الاستلام المؤقت فى غيبتها[2] . ولكن يتعين عليه بطبيعة الحال اعذار الادارة

---

(١) «Caractère contradictoire de la reception provisore»

(٢) حكمه الصادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية (Départ. du Vaucluse) المجموعة ص ١٦ .

قبل الالتجاء الى هذا الاجراء[1] ، وهذا الحق طبيعي ، ويقابل حق الادارة في اجراء الاستلام في غيبة المقاول .

٢ ــ والأصل أن يتم الاستلام المؤقت صراحة ، وبمقتضى تحرير محضر يوقع عليه من كل من مندوبي الادارة والمقاول على النحو الذى أوضحته المادة ٨٥ من اللائحة الحالية والمادة ٩٧ من اللائحة الملغاة .

ولكن هل يمكن أ نيتم الاستلام المؤقت ضمنا ؟

لقد أجاب مجلس الدولة الفرنسى على هذا التساؤل بالايجاب ، وذلك اذا تسلمت الادارة الأعمال ضمنا ، وبدأت فى استخدامها فيما أعدت له من أغراض ، فاعتبر أن وضع اليد الفعلى من قبل الادارة «La prise de possession effective» يقوم مقام الاستلام المؤقت ، اذا كشف عن نية الطرفين القاطعة فى هذا الخصوص ، لا سيما اذا صاحب وضع يد الادارة على الأعمال ما يكشف عن تلك النية . ومن هذا القبيل ، عدم ابداء اعتراضات على الأعمال ، واستعمال الأشغال فيما أعدت له ، كاستعمال المبانى أو القنطرة .. الخ ورد التأمينات الى القول ... الخ[2] .

ولكن المسلم به أن هذا الموضوع يقوم على دراسة كل حالة على حدة ، يحسمها القضاء وفقا لظروفها الخاصة . ولهذا فان مجلس الدولة لم يعتبر وضع الادارة ليدها على الأعمال بمثابة الاستلام المؤقت فى جميع الحالات، لا سيما اذا كانت تلك الأعمال غير تامة[3] .

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٣٧ فى قضية (Sté. des travaux hydraulique) المجموعة ص ١٥١ وفى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ فى قضية (Commune de Volvic) المجموعة ص ٢٣١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٥ فى قضية (Michelon) المجموعة ص ٩٤٦ وفى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ فى قضية (Perperot) المجموعة ص ١٣٥ وفى ٢٠ يناير سنة ١٩٣٧ فى قضية (Ville de Houilles) المجموعة ص ٨١ وفى ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية (Touchevieux) المجموعة ص ٥٦ وفى ١٣ فبراير سنة ١٩٤٢ فى قضية (Office hab. bonmarché deoff) المجموعة ص ٥٦ وفى ٣ مارس سنة ١٩٥٤ فى قضية «Sté. entreprise industrielle» منشور فى مجموعة Actual. ju. سنة ١٩٥٤ ، القسم الثانى ، ص ٢٤٩ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ فى قضية «Gilbert» المجموعة ص ٣٢٨ .

٣ ــ ويترتب على اتمام الاستلام المؤقت نتيجة رئيسية هامة ، وهى بدء فترة الضــمان ، التى يتعين اتمام الاســتلام النهائى عند انقضائها • والى هذا الأثر أشارت كل من المادة ٨٥ من اللائحة الحالية والمادة ٩٧ من اللائحة الملغاة بقولها : « ••• اذا تبين من المعاينة أن العمل قد تم على الوجه المطلوب ، اعتبر تاريخ اخطار المقاول لجهــة الادارة باستعداده للتسليم المؤقت موعد انهاء العمل ، وبدء مــدة الضمان • واذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل فيثبت هذا فى المحضر ، ويؤجل التسليم الى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط (هذا مع عدم الاخلال بمسئولية المقاول طبقا لأحكام القانون المدنى) وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان » •

ولكن المادة السابقة رتبت للمقاول حقا آخر بمقتضى الاســتلام المؤقت ، وذلك بنصها على أنه « بعد اتمــام التســليم المؤقت يرد للمقاول ــ اذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية مصلحة حكومية ــ ما زاد من قيمة التأمين النهائى على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التى تمت فعلا • وتحتفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان واتمام التسليم النهائى » •

٤ ــ ولكن لا يترتب على التسليم المؤقت انتقال الملكية الى الادارة ، وبالتــالى يظل المقــاول متحملا للمخاطر التى تتعرض لها الأعمال خلال الفترة بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائى ، وذلك بطبيعة الحال ، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك[1] •

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ فى قضية «Berri. Nebo» المجمــوعة ص ٨١٣ ، وحكم المجلس الصــادر فى ٢٨ مارس ســنة ١٩٤٥ قضــية «Clauzier» المجموعة ص ٦٨ وقد جاء فيه :

«La reception definitive des ouvrages n'etait pas intervenue lorsque ces désordrés se sont produits; aucune clause de documents applicables au marché n'exonérait l'entrepreneur des risques provenant d'un cas de force majeure; dés le siéur C ... n'ést pas fondé à soutenir qu'il ne doit en supporter les conséquences».

ولا يترتب على الاستلام المؤقت تغطية الأخطاء التى يكون المقاول قد ارتكبها أثناء التنفيذ كما سنرى •

ولكن الادارة اذا أتمت الاستلام المؤقت بلا تحفظ ، وكان المقاول قد أدخل بعض التعديلات على التصميمات الاصلية للمقايسات ، فان ذلك يعتبر منها قبولا لتلك التعديلات[1] •

٥ — ومدة الضمان الذى يعقب الاستلام المؤقت هى عام وفقا للمادة ٨٦ من اللائحة الجديدة ، والمقابلة للمادة ٩٨ من اللائحة الملغاة والتى تقول : « يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت ، وذلك دون اخلال بمدة الضمان المنصوص عليها فى القانون المدنى » •

ولقد حددت المادة عينها الالتزامات التى يتحملها المقاول خلال تلك الفترة بقولها « والمقاول مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان • فاذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم باصلاحه على نفقته • واذا قصر فى اجراء ذلك ، فلجهة الادارة أن تجرية على نفقته وتحت مسئوليته » •

ويتضح من ذلك أن هذه المدة انما تقررت كفترة اختبار ، تستطيع الادارة خلالها أن تحكم على صلاحية الأعمال فى فسحة من الوقت ، قبل أن تنتقل اليها ملكيتها نهائيا •

ولما كان المقاول هو المالك خلال هذه الفترة ، فانه لا يتحمل مسئولية هلاك الشىء كما ذكرنا فحسب ، بل انه يتحمل أيضا مسئولية الأضرار التى تلحق الغير من جراء فساد الأعمال • ولقد

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٠ فى قضية (Ville d'Aumale) المجموعة ص ٢٨٨ حيث يقول :

«La medification qu'il (l'entepreneur) a ainsi apportée au marché n'a motivé aucune observation de la part de la ville lors de la réception provisoire; elle devait par su te être réputée comme acceptée par la ville et ne pouvait mettre obstacle à la réception définitive».

قرر مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص ، أن المقاول لا يجديه الاحتجاج بأن الادارة لم تلفت نظره الى ما يشوب الأعمال من فساد ؛ كان هو السبب فى أحداث الضرر ؛ عند اتمام الاستلام المؤقت[١] ،

ولا يقتصر الضمان الذى ذكرناه على العيوب التى تكتشفها الادارة عند اجراء الاستلام المؤقت والتى تبدى بشأنها تحفظات ، ولكنه يغطى جميع العيوب التى تتكشف أثناء مدة الضمان ، حتى ولو كان الاستلام المؤقت قد تم بدون ابداء تحفظات ، لأن مدة الضمان لم تشرع الا لمواجهة هذه العيوب والتى قد لا يمكن التنبه اليها عند الاستلام المؤقت[٢] ·

ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على تخويل الادارة حق اصدار أوامر مصلحية الى المقاول لاصلاح كل ما تتكشف عنه الأعمال من عيوب أو ما يظهر فيها من نقص[٣] · وتملك الادارة الالتجاء الى وسائل الضغط لاكراهه على تنفيذ تلك الأوامر[٤] ، وهو ما ورد النص عليه صراحة فى المادتين ٨٦ من اللائحة الجديدة والمادة ٩٨ من اللائحة الملغاة · ولكن ضمان المقاول لا يغطى التلف الذى يرجع الى خطأ الادارة أو القوة القاهرة ، وذلك وفقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الصدد ·

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٤٤ فى قضية (Cie. générale d'assurance) المجموعة ص ١٣٨ ·

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ يوليو سنة ١٩٢٥ فى ققضية (Guillet) المجموعة ص ٦١ وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٥ فى قضية «Clauzer» المجموعة ص ٦٨ وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية (Assoc. synd. des submersionnistes) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٩ ص ٦١٨ ·

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٨ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية (Guillet) وقد سبقت الاشارة اليه فى الهامش السابق · وحكمه فى ١٨ يوليو سنة ١٩٢٨ فى قضية (Baille) المجموعة ص ٩١٤ ·

(٤) حكم المجلس الصادر فى فى قضية (Casa) السابقة ، وفى ٢٧ يونية سنة ١٩٣٤ فى قضية (Clauzer) المجموعة ص ٧٣٨ ·

الفرع الثانى

الاستلام النهائى (La reception definitive)

١ ـ وهو الاجراء الذى بمقتضاه تتملك الادارة الأعمال نهائيا ، بعد أن تتأكد من أن المقاول قد أوفى بالتزامه على الوجه المرضى • وهو يتم عقب انتهاء فترة العام السابق ، والذى يبدأ من تاريخ الاستلام المؤقت • وقد نظمت هذا الاستلام المادة ٩٩ من اللائحة الملغاة ، والمادة ٨٧ من اللائحة الجديدة بقولها : « قبيل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب ، يخطر المقاول جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد المعاينة • ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة ، فيتم تسلمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من مندوبى جهة الادارة والمقاول أو مندوبه الرسمى ، وتعطى للمقاول صورة منه واذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقم ببعض الالتزامات ، فيؤجل التسليم النهائى لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الاخلال بمسئوليته طبقا لأحكام القانون المدنى • وعند تمام التسليم النهائى ، يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ، ويرد اليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه » •

٢ ـ ويتم التسليم النهائى فى مواجهة كل من الطرفين ـ كما هو الشأن بالنسبة الى التسليم المؤقت ، وكما هو واضح من نص المادة ٩٩ الملغاة والمادة ٨٧ الحالية ـ بمقتضى محضر يوقعانه • وقد يكون خاليا من التحفظات أو مصحوبا ببعض التحفظات • وعند النزاع يكون الفصل للقضاء الادارى •

والأصل هنا أيضا أن يتم الاستلام النهائى صراحة • ولكن هل يجوز أن يتم بطريقة ضمنية كما هو الشأن بالنسبة الى الاستلام المؤقت ؟ لا شك فى أن من حق المقاول على الادارة أن تقوم باجراء الاستلام النهائى عند نهاية مدة الضمان اذا ما كانت الأعمال سليمة ، اما لأنها كانت كذلك من أول الأمر ، أو متى أصبحت كذلك بعد أن

ينفذ المقاول ما تطلبه الادارة من اصلاحات • فاذا رفضت الادارة الاستلام ،فانها تتعرض للمسئولية التعاقدية • ومن حق المقاول أن يلجأ الى قاضي العقد ، لاثبات أن الأعمال في حالة تسمح باستلامها (en état d'être reçus) ، وذلك لأن للمقاول حقا مكتسبا في أن يتم الاستلام النهائي حتى يمكنه الحصول على المقابل المتفق عليه من ناحية ، وأن يتحرر من التزامه بالتنفيذ من ناحية أخرى[1] •

ولكن هل يمكن أن يستفاد من المبدأ السابق ، امكان حصول الاستلام النهائي بطريقة أخرى ؟ • هنا أيضا يجيب مجلس الدولة الفرنسي على هذا التساؤل بالايجاب ، بشرط أن يثبت أن الأعمال كانت في حالة تسمح باستلامها نهائيا[2] • ولكن الموضوع هنا أيضا ، يتعلق بكل حالة على حدة ، بمعنى أن الاستلام النهائي لا يمكن اعتباره قد تم بطريقة ضمنية الا اذا كانت الأعمال قد تمت حقيقة على الوجه السليم • أما اذا ثبت أن بها عيوبا[3] ، أو أن المقاول قد قصر في اجراء الاصلاحات التي طلبتها الادارة[4] ، أو كان العقد يتضمن اجراء تجارب خاصة قبل الاستلام النهائي ولم تتم تلك التجارب[5] ••• الخ • في كل هذه الحالات لا يمكن القول بأن الاستلام النهائي قد تم بطريقة ضمنية •

٣ — ويترتب على الاستلام النهائي ، النتائج الحاسمة فيما يتعلق

---

(١) حكم المجلس الصادر في ٣١ مارس سنة ١٩٥٤ في قضية (Sté. entreprises industrielle) مجموعة (Actual. juri.) سنة ١٩٥٤ ، القسم الثاني ، ص ٢٤٩ وقد جاء فيه :
(L'entrepreneur a un droit acquis à la reception définitive.) (Marquis) (Didonna)

(٢) حكم المجلس الصادر في ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ في قضية «Marquis» المجموعة ص ٤٦٧ وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ في قضية (Didonna) المجموعة ص ٢٢٩ وفي ٣١ مارس سنة ١٩٥٤ في قضية (Sté. entreprises industrielle)

(٣) حكم المجلس في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٩ في قضية (ssoc. synd. des submersionnistes) المجموعة ص ١٤٢ •

(٤) حكم المجلس الصادر في ٨ أغسطس سنة ١٩٢٤ في قضية (Albony) المجموعة ص ٨٢٨ •

(٥) حكم المجلس الصادر في ١٩ يونية سنة ١٩٤٢ في قضية (Sté. Ruits, forages Sondages) المجموعة ص ٢١٧ •

بانقضاء عقــد الأشغال العــامة ، وما يولد من التزامات · ويمكن اجمال تلك النتائج فيما يلى :

أولا ــ انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك الى الادارة : يؤدى الاستلام النهائى ــ بعكس الاستلام المؤقت ــ الى انتقال ملكية الأعمال الى الادارة نهائيا · وبالتالى فان الادارة ، منذ تاريخ هذا الاستلام ، تتحمل نتيجه هلاك تلك اعمال وفقا للقاعدة المعروفة[١] ·

ثانيا ــ يتحلل المقاول من واجب الصيانة الذى يقع على عاتقه فى الفترة ما بين التسليم المؤقت والتسليم النهائى ، وبالتالى لا تملك الادارة أن تكلف المقاول بشىء من هذا القبيل بعد التاريخ السابق ·

ثالثا : لا تملك الادارة بعد الاستلام النهائى أن تحتج بمخالفة المقاول للعقد ، أو أنه لم يحترم شروطه فى التنفيذ «Le malfaçons» ولا تستطيع أن تطالب بالتعويض عن شىء من هذا القبيل الا اذا كانت قد قدمت بشأنه تحفظات صريحة عند اتمام الاستلام النهائى[٢] ·

ولكن يجب التمييز بين مخالفة شروط العقد عند التنفيذ ، وبين العيوب التى تتكشف عنها الأعمال بعد الاستلام النهائى ، فمن حق الادارة أن تطالب بالتعويض عن هذه العيوب ما لم يسقط الحق فى ذلك بالتقادم ، ومن تطبيقات المحكمة الادارية العليا لهذه الحالة ما يلى :

ــ حكمها الصادر فى ٦ أبريل سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٧٦٦) وتتلخص ظروف الدعوى فى أن احدى الشركات قامت بتنفيذ عملية مجارى لحساب احدى المحافظات ، وبعد أن تم التسليم ظهر بها عيب ترتب عليه هبوط المجارى مما أدى الى ضرورة اصلاحها من جديد ·

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٥ فى قضية (Clauzier) المجموعة ص ٦٨ وفى ٣١ مارس سنة ١٩٥٤ فى قضية (Sté. entreprises industrielles)

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ فى قضية (Perpérot) المجموعة ص ١٣٥ وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٣٩ فى قضية (Ville de St-de Litz) المجموعة ص ٢٤١ ·

وكانت البلدية المتعاقدة قد علمت بالعيب ، ولكنها لم ترفع الدعوى الا بعد ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالعيب ، فقررت كل من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا سقوط حق المحافظة فى رفع الدعوى • وفى حكم المحكمة الادارية العليا المشار اليه قررت :

(أ) انطباق المادتين ٦٥١ و ٦٥٤ من القانون المدنى على هذه الحالة « ما دامت لا تتعارض مع روابط القانون العام » •

(ب) « مدة الثلاث سنوات هى مدة تقادم ترد عليها أسباب الانقطاع ، فتنقطع برفع الدعوى الموضوعية ، ولا يكفى لقطعها أن يرفع رب العمل دعوى مستعجلة بطلب تعيين خبير لاثبات حالة البنا ، وتنقطع أيضا باقرار المقاول أو المهندس بحق رب العمل فى الضمان »

ـ حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧١ (س ١٧ ، ص ١٢١) على أساس الوقائع التالية : قام أحد المقاولين بانشاء سور كورنيش النيل بمدينة سوهاج ، وسلم ابتدائيا فى ٢٨ مارس سنة ١٩٥٦ • وبتاريخ ١١ يناير سنة ١٩٥٩ أبلغ أحد المواطنين بتهدم السور • تبين ـ نتيجة لتحقيق أجرته كلية الهندسة ـ أن الانهيار يرجع الى عدم مطابقة المكونات للمواصفات • رفعت دعوى التعويض فى ٣ مايو سنة ١٩٦٥ ، فقضت محكمة القضاء الادارى بعدم قبول الدعوى استنادا الى المادة ٦٥٤ مدنى التى تقضى بسقوط دعوى الضمان بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ حصول التهدم أو انكشاف العيب • ولكن المحكمة الادارية العليا الغت الحكم السابق ، لأن ما تقرره المادة المشار اليها ، هو مجرد تقادم ، تسرى عليه المادة ٣٨٧ من القانون المدنى والتى توجب التمسك بالدفع من قبل صاحب الشأن ، وذلك بقولها : « ومن حيث انه لا مرية لدى هذه المحكمة فى أن مدة السنوات المحددة بالمادة ٦٥٤ من القانون المدنى ، هى تقادم مسقط لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا تسقط بانقضائها تلقائيا ، وانما يسوغ أن تثار كدفع من جانب المدين أو أحد دائنيه ••• وبغير أن يدفع به لا تكون المحكمة فى حل من القضاء بعدم قبول

الدعوى ، ويكون تصديها لاسقاط الدعوى من تلقاء نفسها مخالفا للقانون ، طالما لم يقدم لها دفع من ذى الشأن ممن عينتهم المادة ٦٥٤ من القانون المدنى المشار اليها » ·

رابعا — يحق للمقاول من تاريخ الاستلام النهائى أن يطالب بكافة مستحقاته قبل الادارة ، وهو ما تقضى به الفقرة الأخيرة من كل من المادتين ٩٩ من اللائحة الملغاة والمادة ٨٧ من اللائحة الجديدة حيث تقول : « وعند تمام التسليم النهائى ، يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ، ويرد اليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه » · فاذا تأخرت الادارة فى الدفع بدون وجه حق ، فان المقاول يستحق فوائد تأخير من تاريخ المطالبة بدفع المقابل[1] ·

٤ — الضمان العشرى للمقاول والمهندس : يطبق مجلس الدولة الفرنسى على المقاول الضمان العشرى المنصوص عليه فى المادتين ١٧٩٢ و ٢٢٧٠ من القانون المدنى الفرنسى · ومما له دلالته فى هذا الخصوص أن مجلس الدولة الفرنسى يلتزم بتطبيق تلك المواد كما تطبقها المحاكم المدنية ، حتى ولو لم يشر اليها العقد صراحة[2] ·

وهذا هو المنطق الذى التزمته كل من لائحة المناقصات والمزايدات ، القديمة والجديدة ، فبعد أن وضعت الأحكام التى أشرنا اليها فيما سبق ، نصت صراحة على أن تلك الأحكام « لا تخل بمسئولية المقاول طبقا لأحكام القانون المدنى » ·

وسوف نكتفى بذكر النصوص المقررة فى المجموعة المدنية المصرية بهذا الصدد،محيلين فى شرحها الى المؤلفات المدنية المعروفة ·

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية (Commune de Cabanès) المجموعة ص ٧١٩ وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية «Didonna» المجموعة ص ٢٢٩ ·

(٢) حكم المجلس الصادر فى أول أغسطس سنة ١٩٢٥ فى قضية (Ville de la Rochelle) المجموعة ص ٣٧٧ ·

مادة ٦٥١ : « ١ - يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز اقامة المنشئات المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات .

٢ - ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

٣ - وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل .

٤ - ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن » .

مادة ٦٥٢ : « اذا اقتصر المهندس المعمارى على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ ، لم يكن مسئولا الا عن العيوب التى أتت من التصميم » .

مادة ٦٥٣ : « يكون باطلا كل شرط يقصد به اعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان أو الحد منه » .

مادة ٦٥٤ : « تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب » .

المبحث الثانى

النهاية المبتسرة لعقود الأشغال العامة

١ - ينقضى عقد الأشغال العامة قبل ميعاده الطبيعى وفقا للأسباب التى أشرنا اليها فيما سبق . ويمكن اجمال تلك الأسباب فيما يلى :

أولا - الفسخ باتفاق الطرفين : وحينئذ يترك للادارة والمقاول ترتيب الآثار التى تترتب على هذا الفسخ الاتفاقى ·

ثانيا - ينفسخ العقد بقوة القانون اذا توافرت شروط معينة كهلاك الشىء موضوع التعاقد ·

ثالثا - ينقضى العقد بحكم القضاء فى بعض حالات منها :

(أ) اذا استحال على المتعاقد أن ينفذ التزاماته ·

(ب) اذا أخطأت الادارة خطأ جسيما فى تنفيذ التزاماتها ·

(جـ) اذا عدلت الادارة فى التزامات المتعاقد تعديلا جسيما يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب أو يغير من جوهره بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام التزام جديد ·

رابعا - للادارة حق فسخ العقد بقرار منها وذلك فى حالتين كما رأينا وهما :

(أ) اذا أخل المقاول بالتزاماته · وحينئذ يكون الفسخ بمثابة جزاء توقعه الادارة على المقاول تحت رقابة القضاء · ولكن يجب أن يكون اخلال المقاول جسيما يبرر هذه العقوبة القاسية · وقد قررت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٨ يناير سنة ١٩٨٦ (الطعن رقم ١٧٨٦ لسنة ٣٠ قضائية) أن معيار البطء فى تنفيذ الأعمال الذى يبرر سحب العمل من المقاول يقتضى تحديد تاريخ البدء فى التنفيذ ، وبيان مدى تجاوب المقاول فى تنفيذ الأعمال المسندة اليه · « ومرور فترة وجيزة بعد البدء فى التنفيذ دون أن يتضح أن ثمة مخالفة يمكن نسبتها اليه ، لا يصلح سببا لسحب العمل منه » ·

(ب) بدون خطأ من جانب المقاول ، وذلك اذا كانت مقتضيات المصلحة العامة تستوجب هذا الانهاء، وحينئذ يتمين تعويض المقاول·

خامسا ـ وهناك حالات خاصــة لفسخ عقود الأشــغال العــامة تتضمنها تشريعات خاصة ، أو تنظمها اللوائح أو دفاتر الشروط • ويتم فيها انقضاء العقد بقوة القانون ، أو بناء على حكم من القضاء أو بقرار ادارى تحت رقابة القضاء مما يندرج فى الحالات السابقة •

٢ ـ ومتى فسخ العقد ، فانه يتعين تصفية آثاره • ولا يتم ذلك الا بمعرفة مقدار ما تم تنفيذه من الأعمــال • ولمواجهة ذلك تقول المادة ٩٦ من اللائحة الملغــاة ، والمقابلة للمــادة ٨٤ من اللائحة الجديدة : « وفى حالة سحب العمل كله أو بعضه من المقاول يحرر كشف بالأعمــال التى تمت وبالآلات والأدوات التى اســتحضرت والمهمــات التى لم تستعمل والتى يكون قد وردها المقاول بمكان العمل ويحصل ذلك الجرد خلال شهر من تاريخ سحب العمــل بمعرفة مندوب جهــة الادارة ، وبحضور المقاول بعد اخطاره بكتاب موصى عليه بالحضــور هو أو مندوبه • ويثبت هذا الجــرد بموجب محضر يوقعه كل من مندوب جهة الادارة ، والمقاول أو من ينوب عنه • فاذا لم يحضر أو لم يرسل مندوبا عنــه ، فيجرى الجرد فى غيابه • وفى هذه الحالة يخطر المقاول بنتيجة الجرد • فاذا لم يبد ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصوله اليه ، كان ذلك بمثابة اقرار منه بصحة البيانات الواردة فى محضر الجرد • وجهة الادارة غير ملزمة بأخذ شىء من هــذه المهمات الا بالقــدر الذى يلزم لاتمــام الأعمال فقط ، على شرط أن تكون صالحة للاستعمال ، أما ما يزيد على ذلك فيكلف المقاول بنقله من محل العمل » •

وبعد ذلك يختلف الحكم وفقــا لاختلاف السبب الذى يؤدى الى نهاية العقد نهاية مبتسرة : فاذا كان المرجع الى خطأ المتعاقد ، فانه يتعرض لتوقيع الغرامات المالية التى درسناها ، كما يكون معرضــا للحكم عليه بالتعويض لصالح الادارة •

أما اذا فسخ العقد بغير خطأ المتعاقد ، فان من حقه الحصول على التعويض ، وفقا للتفصيل الذى أوردناه فى موضعه من هذا المؤلف •

٣ ـ ويجب أن نذكر هنا بما سبق أن أوردناه فى موضعه من أن مجلس الدولة الفرنسى يجرى على عدم الحكم بالغاء القرارات الادارية الصادرة بفسخ عقود الأشغال العامة ، ولا أى قرار آخر يصدر من الادارة فى شئون الأعمال موضوع العقد ، وذلك على أساس أن الادارة هى صاحبة الأشغال العامة ، ومن ثم فيجب أن تكون لها الكلمة العليا فى خصوصها حتى ولو ثبت أن تلك القرارات كانت غير مشروعة ، وذلك اكتفاء بحق المقاول فى التعويض الكامل ٠ ونكتفى فى هذا الموضوع بأن نذكر بقول مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه الصادر فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Pioc» [1] حيث يؤكد :

«Le juge des contestations relatives aux marchés de travaux public n'a pas le pouvoir de prononcer l'annulation des mesures prises par le maître de l'ouvrage envers l'entrepreneur et il lui appatient seulement de rechercher si ces actes sont intervenus dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-ci un droit à indemninté».

ويتنقد الفقهاء هذا القضاء باعتباره ضاراً حتى بالادارة نفسها ، لأن المقاول يستطيع أن يحصل على حكم بتقرير الفسخ على مسئولية الادارة باعتبارها مخطئة ، مما يحملها بأعباء كبيرة ، كان يغنى عنها تمكين القاضى من أن يحكم بالغاء القرار الصادر بفسخ العقد على خلاف القانون[2] ٠ ولا شك أن هذا الرأى وجيه لأنه يحقق المصلحة العامة ، ولهذا فلا نحبذ لمجلس الدولة المصرى أن يتابع مجلس الدولة الفرنسى فى هذا المسلك ٠

---

(١) المجموعة ص ٦٩ ، ومن أحكامه القديمة حكمه الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٥ فى قضية «Cie. depart. des eaux» المجموعة ص ٥٧ ، وراجع تقرير المفوض روميو بالمعنى السابق فى تلك القضية ٠ وراجع أيضا حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ فى قضية «Gaz de Bordeaux» المجموعة ص ١٢٦ ٠ وقد جاء فى تقرير المفوض «Chardenet» المقدم فى تلك القضية قوله :

«Le juge administratif excéderait sa compétence en annulant la décision prononçant la résiliation».

(٢) مطول جيز فى العقود ، الجزء الأول ، ص ٢٥٦ ٠ ومطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٢٤٥ ٠

الفصل الثالث

نهاية عقود التوريد

المبحث الأول

النهاية الطبيعية لعقود التوريد

١ ـ تنقضى عقود التوريد الفورية بتسليم البضائع المتفق عليها،وتنتهى عقود التوريد الزمنية بانقضاء المدةالمقررة للتوريد • ولا جديد فى هذا الخصوص الا فيما يتعلق بالنظام القانونى المقرر لاستلام البضائع الموردة وما يترتب على قبول البضائع الموردة أو رفضها من آثار •

٢ ـ وهنا أيضا يوجد نوعان من الاستلام : المؤقت والنهائى • ولكن ليس للتفرقة بين النوعين فى حالة عقود التوريد ، تلك الأهمية التى لمسناها فى نطاق عقود الأشغال • وأحيانا يندمج نوعا الاستلام ، وذلك متى قبلت الادارة الأصناف مرة واحدة وبصفة نهائية •

٣ ـ هذا وقد نظمت لائحة المناقصات والمزايدات اجراءات تسليم الأصناف الموردة على أساس التمييز بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائى : فنصت المادة ٨٨ من اللائحة الجديدة (والتى تقابل المادة ١٠٠ من اللائحة الملغاة) على أنه « يلتزم المتعهد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها فى الميعاد أو المواعيد المحددة ، خالصة جميع المصروفات والرسوم ، ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة ، ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يورده المتعهد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ، ويعطى عنه ايصالا مؤقتا مختوما بخاتم جهة الادارة موضحا به اليوم والساعة

التى تم فيها التوريد ، ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص .. » .

ولا يترتب على التسليم المؤقت انتقال الملكية وتبعة الهلاك من المورد الى الادارة . كما أن للادارة أن تثبت فساد الأصناف الموردة حتى تمام الاستلام النهائى[1] .

٤ ــ وعقب اتمام التسليم المؤقت السابق ، يتعين تحديد موعد لاجتماع لجنة الفحص ، والتى تختص باختيار الأصناف الموردة تمهيدا لاستلامها نهائيا . وقد أوجبت المادة ٨٨ من اللائحة الجديدة على جهة الادارة المتعاقدة ، اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور اجراءات الفحص والاستلام النهائى « ويجب أن يتم ذلك الاخطار فى خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالى لصدور الايصال المؤقت » . هذا وقد فسرت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٠ يونية سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ٤٣٢) أن المادة ١٠٠ من اللائحة الملغاة « ... لم تقرر حقا للمتهد فى حضور عملية الفحص فى ذاتها ، فقد أوضحت المادة ١٣٠ من اللائحة الغرض من هذا الاخطار ، وهو أن يحضر المتعهد ــ على حسابه ــ العمال اللازمين لفتح الطرود وتسليمها الى أمين المخزن أو لجنة الفحص بحضوره أو بحضور مندوبه . وأضافت المادة ١٣٣ بالنسبة الى الصفقات الموردة التى تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه أن يكون أخذ العينات اللازمة بحضور لجنة الفحص والمتعهد أو مندوبه ، ويحتفظ باحداها رئيس اللجنة بعد ختمها بخاتمه وخاتم المتعهد أو مندوبه ، ويعمل محضر بذلك توقعه لجنة الفحص والمتعهد أو مندوبه ، وترسل العينة للمعمل الكيمائى بعد اعطائها رقما سريا . وحاصل ذلك أن عملية الفحص فى حد ذاتها ، منفصلة عن الاجراءات السابقة

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ فى قضية «Sté. des forges» المجموعة فى ٩٠٩ ، وفى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤١ فى قضية «Etabl. Gebel» المجموعة ص ١٩٠ .

عليها ، ولم تقرر اللائحة حقا للمتعهد فى حضورها ، بل أوجبت سريتها فى حالة زيادة قيمة الصفقة الموردة على خمسمائة جنيه ، بما يؤيد أنا لأصل هو عدم حضور المتعهد عملية الفحص فى ذاتها » .

٥ ـ وتسلك لجنة الفحص عادة أحد سبيلين :

الأول : أن تقرر قبول الأصناف لمطابقتها للمواصفات ، وفى هذا الخصوص تقرر الفقرة الأخيرة من المادة ٨٨ من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ١٠٠ من اللائحة الملغاة) أن قرار اللجنة بقبول أو رفض الأصناف يعتبر نهائيا « وذلك بمجرد اعتماده من السلطة المختصة بالاعتماد » . ويترتب على قبول الادارة للأصناف الموردة نتائج هامة يمكن اجمالها فيما يلى :

(أ) يتحرر المورد من كافة التزاماته ، كما أن الادارة لا تستطيع أن تتمسك قبله بعيوب تظهر بعد تاريخ هذا الاستلام النهائى[1] ، اللهم الا اذا ثبت أن خفاء تلك العيوب وعدم اكتشاف الادارة لها وقت الاستلام النهائى كان يرجع الى غش«fraude»من جانب المورد[2] .

ولم يقطع مجلس الدولة الفرنسى بشكل حاسم فيما يتعلق بحكم العيوب الخفية ، والتى لم يكن من المتيسر اكتشافها عند الاستلام . ورجح الأستاذ دى لوبادير تحميل المورد مسئولية تلك العيوب استنادا الى أحكام غير مباشرة لمجلس الدولة الفرنسى[3] .

ولقد وجدنا تطبيقا طريفا للمحكمة الادارية العليا لهذه الحالة فى حكمها الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٧١ (س ١٦ ، ص ١٧٥)

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٤ مارس سنة ١٩٢٨ فى قضية «Sagné» المجموعة ص ٣٥٨ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ فى قضية «Vesin» مجلة القانون لعام سنة ١٩٣١ . صـ ٣٣٢ .

(٣) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٢٦٤ ، والحكم الذى استند اليه هو حكم المجلس الصادر فى ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ فى قضية «Vesin» مجلة القانون العام سنة ١٩٣١ ص ٣٣٢ .

فى قضية تتلخص ظروفها فيما يلى : تعاقدت الادارة على توريد ورق « ستنسل » طبقا لعينة محددة ، قدمهــا المورد وقبلتها الادارة بعد الفحص • وبعد أن تم التوريد وبدأ الاستعمال ، وجدت الادارة أن الصنف المــورد لا يطبــع الكميات الكافيــة ، وأن الورق يتمــزق بالاستعمال ، فأوقفت دفــع باقى الثمن وطالبت المتعهد بأن يورد صنفا أجود • ولما طرح النزاع أمام مجلس الدولة المصرى ، رفضت كل من محكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا اعتبــار ما اكتشفته الادارة عيبا خفيا • وبعد أن استعرضت المحكمة الادارية العليا حكم المادة ٤٤٧ من القانون المدنى والخاصة بضمان العيوب الخفية ، وأحكام المواد ١٠٠ و ١٢٩ و ١٣١ من لائحة المناقصــات والمزايدات الملغــاة قالت : « ان لائحة المناقصــات تضمنت تنظيما كاملا لفحص الأصناف المشتراه ، طبقا لعقود التوريد ، من شــأنه أن تتمكن جهة الادارة من التحقق من مطابقة المبيع لشروط العقد ومواصفاته ، والوفاء بالغرض المقصود منه ، ولها على ضوء ما تجرية من تجارب وفحص أن تقرر ، اما قبول الصنف أو رفضه بنــاء على ما تقرره لجنة الفحص ، واعتماد المصلحة لقرارها • ويكون القرار الصادر فى هذا الشأن نهائيا ، أى يكون ملزما لطرفى العقد • ومن حيث أنه يبين من هــذا التنظيم المتكامل الذى نصت عليه لائحــة المناقصات أن المشرع أوجب على الجهة الادارية أن تفحص الأصناف الموردة بعناية أشد من عناية الرجل العادى ، ومن حيث أن المطعون ضده قد بصر الجهة الادارية بوجــود أكثر من صنف من الأوراق ، وأحاطها علما بسعر كل نوع منها ، فاختارت أقلها سعرا ، ومفروض أن تقنع الجهة الادارية بالنتــائج التى يحققها هــذا الصنف والتى تتناسب مع سعره » •

وقد أقرت المحكمة الادارية العليا مبادىء مماثلة فى حــالة بيع الادارة لمنقولات بالمزاد[1] •

---

(١) حكمها الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ٢٦٤) وفيه تقرر المحكمة :

واذا كانت عقود التـوريد لا يتضمنها حكم عام بضمان المـورد للأصناف خلال مدة معينة ـ كما هو الشأن فيما يتعلق بعقود الأشغال العـامة ـ فان الادارة حرة فى أن تضمن عقدها مثل هـذا الحـكم السابق ، فيلتزم المورد بضمان البضائع الموردة خلال المدة المنصوص عليها فى العقد ٠

(ب) تنتقل ملكية البضائع من المورد الى الادارة : ويترتب على انتقال الملكية انتقال تبعة الهلاك كما رأينا فى عقود الأشغال العامة الا اذا نص على غير ذلك فى العقد ، لاسيما فى الفترة الواقعة بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائى ٠

(ج) حق المورد فى الحصول على الثمن أو على ما بقى منه : وفى هذا الخصوص تقرر المادة ٩١ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والتى تقابل المـادة ١٠٤ من اللائحة الملغـاة) : « يصرف ثمن الأصناف الموردة فى خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر ، تحسب من تاريخ اليوم التالى لاتمام اجراءات التحليل الكيمائى أو الفحص الفنى » واذا تأخرت الادارة فى أداء المبالغ المستحقة للمورد ، فان

(أ) وفقا للمادة ١٤٨ من القانون المدنى ، ينبغى تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه « ومتى كان الثابت أن الأصناف المبيعة قد حددت مواصـفاتها ومقاديرها فى العقد ٠٠٠ فان الادارة تسأل عن كل نقص فى مقاديرها بحسب ما يقضى به العرف الجارى عليه العمل فى المعاملات » ٠

(ب) على الادارة قبل أن تطرح أصنافا للبيع أن تتبع اجراءات ادارية معينة للتأكد من عدم الحـاجة اليها « ٠٠ بحيث لا يستـساغ بعـد أن يجـرى المزاد ، ويخطـر المتزايدون بقبول عطاءاتهم ، ويتم التعاقد ٠٠٠ التذرع فى مقام التنصل من التعاقد الذى تم فى شأن بيع هذه الأصناف كلها أو بعضها ، بأن هذه الاجراءات و بعضها لم يتبع قبل اجراء المزاد أو أن الجهة الادارية قد تبينت بعد اتمام التعاقد أنها بحاجة الى كل أو بعض الأصناف التى جرى بيعها » وهـذا المبدأ محل نظر لأن للادارة ـ وفقا للصـالح العام ـ أن تعدل عن ابرام العقد كما أوضحنا فيـما سلف ، على أن تعوض المتعاقد على التفصـيل السابق ، لأن الأمر ليس معاقبة الادارة على خطئها ، ولكن تحقيق الصالح العام رغم خطأ الادارة ٠

(جـ) ان اصـطلاح « تحت العجز والزيادة » لا يعنى أكثر مما جاء فى المـادة ١٥٠ فقرة رابعة من لائحة المناقصات والمزايدات من أن التسـليم الفعلى قد يترتب عليه بعض النقص أو الزيادة المسموح بهما فى العرف ولا تجيز هذه العبارة للادارة بحال من الأحوال أن تنتقص من كميات الأصناف المبيعة عن عمد واختيار » ٠

مجلس الدولة الفرنسى يحكم عليها بفوائد تأخير عن تلك المبالغ من وقت المطالبة بها بعد اتمام التسليم النهائى[1] ٠ وهو المعنى المستمد من قضاء المحكمة الادارية العليا الذى سبقت الاشارة اليه ٠

الثانى : أن تقرر الادارة رفض قبول الأصناف (Rebut) ولا يكون ذلك الا فى حالة عدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات بما يجعلها غير صالحة للغرض الذى تريدها الادارة من أجله ٠ وهنا أيضا تقرر المادة ٩٠ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة أنه اذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة ، يخطر المتعهد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بعلم الوصول بأسباب الرفض ، وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة ، وتوريد بدلها ٠ ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة فى ذات اليوم أو اليوم التالى على الأكثر ، ويلتزم المتعهد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لاخطاره ٠ فاذا تأخر فى سحبها فيكون لجهة الادارة الحق فى تحصيل مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه ولمدة أقصاها أربعة أسابيع ٠ وبعد انتهاء هذه المدة يكون لجهة الادارة الحق فى أن تتخذ اجراءات بيعها فورا ، وأن تخصم من الثمن ما يكون مستحقا لها ، ويكون البيع وفقا لأحكام لائحة المناقصات والمزايدات ٠

ويترتب على رفض الادارة للبضائع الموردة نتائج أهمها :

(أ) التزام المورد بسحب الأصناف المرفوضة : والا تعرض لدفع مصروفات تخزين على النحو المقرر فى المادة ٩٠ والتى أوردناها فيما سبق ، بل وقد يتعرض لبيع الأصناف المرفوضة على حسابه كما هو مقرر فى ذات المادة ٠

(ب) بقاء التزام المورد بتوريد ما يحل محل الأصناف المرفوضة ٠

---

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ فى قضية جموعة «Hayem» «Actual.jur». سنة ١٩٥٥ ، القسم الثانى ، ص ٧٢ ٠

(جـ) تعرض المورد فى حالة التأخير لتحمل الجزاءات المنصوص عليها فى المادة ٩٢ من اللائحة الجديدة (والتى تقابل المادة ١٠٥ من اللائحة الملغاة) والتى سبق أن ذكرنا نصها ٠

٦ ـ ورفض الأصناف الموردة أو استلامها هما الاحتمالان الغالبان كما ذكرنا ٠ ولكن يجوز أن تسلك الادارة موقفا وسطا يتمثل فى الحلين التاليين :

أولا : تأجيل استلام البضائع ، مع دعوة المورد الى أن يدخل عليها من الاصلاح ما يجعلها مطابقة للمواصفات التى تريدها الادارة ٠ وهذه الحالة مجرد تطبيق للقواعد العامة ٠ ومن ثم يجوز التجاء الادارة اليها دون حاجة الى نص ٠

ثانيا : وقد ترى الادارة قبول الأصناف الموردة على خلاف الشروط ولكن مع تخفيض السعر بنسبة معينة مما يطلق عليه بالفرنسية اصطلاح (Réfaction) ولا يكون ذلك الا اذا كانت مخالفة الأصناف للمواصفات بدرجة لا تحول دون صلاحية البضائع للأغراض المعدة لها ٠ وقد نظمت المادة ١٠١ من اللائحة الجديدة (المادة ١٣٧ من اللائحة الملغاة) هذه الحالة كما يلى :

أولا : أوجبت اللائحة ـ كأصل عام ـ على جهة الادارة المتعاقدة ان تأخذ بنتيجة التحليل أو الفحص الفنى الذى تجريه الجهات المختصة ٠ فاذا قطعت تلك النتائج بعدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات ، تعين على جهة الادارة المتعاقدة رفض الأصناف ٠

ثانيا : ولكن اللائحة ، أجازت على سبيل الاستثناء ، قبول الأصناف غير المطابقة للمواصفات ، بشروط حددتها :

(أ) اذا كانت نسبة النقص أو المخالفة فى الأصناف لا تزيد على ٢٠٪[1] عما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقد على أساسها وبشرط أن تكون الحاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة ، وأن يكون السعر بعد الخفض مناسبا لمثيله فى السوق ٠

(١) كانت النسبة فى اللائحة الملغاة ١٠٪

وقد أضافت المادة ١٠١ من اللائحة الجديدة ، الى هذا المبدأ العام شروطا تكميلية يتعين مراعاتها وهى :

١ ـ يجب أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف المرفوضة للأغراض المطلوبة من أجلها ، وأنه لن يترتب على قبولها ضرر بالجهة، كما تحدد اللجنة مقدار الخفض فى الثمن المقابل للنقص أو المخالفة .

٢ ـ الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها لغاية ٣٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة .

٣ ـ الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من ٣٪ لغاية ١٠٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا اليها غرامة مقدارها ٥٠٪ من هذا المقدار .

٤ ـ الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من ١٠٪ لغاية ٢٠٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا اليه غرامة مقدارها ١٠٠٪ من هذا المقدار .

٥ ـ فى جميع الحالات يكون القبول بموافقة لجنة البت وسلطة الاعتماد وبشرط أن يقبل المورد كتابة هذا الخصم ، والا فيرفض الصنف وتطبق أحكام المناقصات والمزايدات .

وواضح من العرض السابق أن التنظيم الذى أوردته المادة ١٠١ الجديدة هو تنظيم ملزم للادارة لا تستطيع التحلل منه .

٧ ـ وقرارات الادارة فى خصوص الاحتمالات السابقة ، تخضع لرقابة القضاء الادارى ، الذى يملك دائما الحق فى الغاء القرارات الادارية التى يثبت عدم مشروعيتها ، كما أنه يستطيع أن يحكم على الادارة بالتعويضات اللازمة لمواجهة الأضرار التى تترتب على قراراتها غير المشروعة أو التعسفية . ونجد تطبيقا لهذه الحالة فى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١٢٠٠) وتدور وقائع النزاع حول عقد توريد معاطف صوف لجهة ادارية ، أثبت الفحص وجود مخالفات فى المواصفات

بالنسبة الى الصنف المورد نتيجة لانخفاض نسبة الصوف فيه . قبلت الادارة البضاعة الموردة بالرغم من ذلك ، مع تخفيض الثمن ، ولم تر فسخ العقد ، ولكنها أصدرت قرار بشطب المتعاقد من قائمة الموردين للتلاعب فى الصنف المورد . ولكن كلا من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا رفضت اقرار الادارة على الشطب ، وجاء فى حكم المحكمة الادارية العليا المشار اليه قولها بهذا الصدد : « ان مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشا أو تلاعبا يدعو الى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الادارة ، اذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى فى حقيقة الشىء المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التى جرى التعاقد عليها ، ففى هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب . كذلك فان مجرد مخالفة المواصفات فى الكمية القليلة التى قام المدعى بتسليمها الى العمال فى محله ، وفى الظروف التى تم فيها هذا التسليم ، لا يعد تلاعبا ؛ ذلك أن التلاعب الذى يجاوز الاهمال ، ولا يرقى الى مرتبة الغش ، والذى يتعذر حصر مختلف أساليبه ، وشتى صوره ، يفترض اتيان المتعهد أعمالا تنم عن عدم التزام المتعهد الجادة فى تنفيذ التزاماته ، ومحاولة ايجاد الثغرات للتحلل منها ، ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التى يستهدفها العقد الادارى » .

المبحث الثانى
النهاية المبتسرة لعقود التوريد

١ ــ وهنا أيضا تطبق القواعد العامة التى تسرى على سائر العقود فيما يتعلق بالفسخ . ومن ثم فان عقود التوريد تنتهى نهاية مبتسرة بالطرق الآتية :

أولا : فسخ العقد بالتراضى بين الادارة والمورد ، وحينئذ يترك لهذا الاتفاق تنظيم الآثار التى يولدها ذلك الفسخ ، ويقتصر دور القاضى على تطبيق شروط الاتفاق فى حالة النزاع بين الطرفين .

ثانيا : انقضاء العقد بقوة القانون ، اذا تحققت ظروف معينة تؤدى الى تلك النتيجة ، وأوضح صورها هلاك محل العقد ٠

ثالثا : الفسخ بحكم القضاء ، بناء على طلب المورد فى الحالات المعروفة وهى :

(أ) وجود المورد فى حالة قوة قاهرة تحول بينه وبين التنفيذ ٠

(ب) مخالفة الادارة لالتزاماتها التعاقدية مخالفة جسيمة لا يجدى التعويض فى مواجهتها ٠

(جـ) اذا عدلت الادارة فى التزامات المورد تعديلات جسيمة على النحو المعروف ٠

رابعا : انهاء عقد التوريد بقرار من جانب الادارة وذلك :

(أ) اما لخطأ المورد ، لارتكابه عملا من الأعمال التى يرتب المشرع لها جزاء الفسخ ، اما بصورة اختيارية أو وجوبية على النحو الذى أوضحناه فيما سبق ٠

(ب) واما بدون خطأ ، ووفقا لمقتضيات الصالح العام ٠

خامسا : وقد تصدر تشريعات خاصة بتنظيم كيفية انهاء بعض عقود التوريد لمواجهة حالات معينة كانتهاء الحرب مثلا ٠ وحينئذ يتعين اعمال النصوص التى ترد فى تلك الاتفاقات ٠

٢ ـ ويترتب على فسخ عقود التوريد فى جميع تلك الحالات انقضاء العقد ، وبالتالى تحرر الملتزم والادارة من التزاماتهما بمقتضى العقد ٠

ولكن يجب التفرقة بين حالات الانقضاء السابقة ، لمعرفة ما اذا كان مرجعها الى خطأ من جانب المورد ، وحينئذ لا حق له فى المطالبة بتعويض عن فسخ عقده ، أو كان سببها مستقلا عن خطأ المورد ، وحينئذ يتعين تعويض المتعاقد عما يلحقه من خسارة ، وما يفوته من كسب ، من جراء انهاء عقده قبل الأوان ، وعلى التفصيل السابق ٠

ملحـــق

يشــمل :

أولا : القــانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العــامة ، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ٠

ثانيا : القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات ٠

ثالثا : قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ باصــدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لســنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصــات والمزايدات ٠

رابعا : المشروع التمهيدى لتقنين الأحكام الخاصة بعقود الادارة ٠

أولا ــ القانونان رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧
ورقم ٦١ لسنة ١٩٥٨

---

١ ــ القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة

مادة ١ ــ « لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة » .

مادة ٢ ــ « يكون لمانح الالتزام الحق فى اعادة النظر فى قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التى تحدد فى وثيقة الالتزام » .

مادة ٣ « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية فى صافى أرباح استغلال المرفق العام عشرة فى المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال » .

وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولا فى تكوين احتياطى خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن ١٠٪ وتقف زيادة هذا الاحتياطى متى بلغ ما يوازى ١٠٪ من رأس المال .

ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام .

مادة ٤ ــ « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته » .

مادة ٥ ــ « لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض ان كان له محل » .

مادة ٦ ـ « اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا يد لمانـــح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام أو الى تعديل كيانة الاقتصادى كما كان مقــدارا وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعـــدل قـــوائم الأسعار ، واذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد اســتغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة الى القدر المقبول » ٠

مادة ٧[1] ـ « لمانح الالتـــزام أن يراقب انشـــاء المرفق العـــام موضوع الالتزام وسيره من النواحى الفنية والادارية والمالية ٠

وله فى ســـبيل ذلك تعيين منـــدوبين عنه فى مختلف الفـــروع والادارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المـــرفق ، ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحى وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام ٠

ويجوز بقـــرار من رئيس الجمهورية ، بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد الى ديوان المحاسبة (الجهاز المركزى للمحاسبات) بمراقبة انشاء المرفق وسيره من الناحية المالية أو أن يعهد بالرقابة الفنية والادارية عليه الى أية هيئة عامة أو خاصة ٠

كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة ٠

وفى هـــذه الحالة يتـــولى ديـــوان المحاســـبة (الجهـــاز المركزى للمحاسبات) أو الهيئة المكلفة بالرقابة دراسة النواحى التى نيط بها رقابتها ، وتقـــديم تقرير بذلك الى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام ٠ وعلى الملتزم أن يقدم الى مندوبى الجهات التى تتولى

---

(١) معدلة بمقتضى القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ثم بالقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ ٠

الرقابة وفقا للأحكام السابقة ، كل ما قد يطلبوه من أوراق أو معلومات أو بيانات أو احصاءات ، كل ذلك دون الاخلال بحق مانح الالتزام فى فحص الحسابات والتفتيش على ادارة المرفق فى أى وقت » .

مادة ٨ – « تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة مع احترام المدد المتفق عليها بشرط الا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به ، وذلك مع عدم الاخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون » .

مادة ٨ مكرر[1] – « لا يجوز الحجز ولا اتخاذ اجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لادارة المرافق العامة » .

مادة ٩ – على الوزراء ...

٢ – القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨

مادة ١ – « يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الاتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة «مجلس الأمة».

ويكون تعديل ما عدا ذلك بقرار من الوزير المختص .

على أنه بالنسبة الى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية اذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات » . (أضيفت الفقرة الأخيرة بمقتضى القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠).

---

(١) مضافة بمقتضى القانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ .

ثانيا ـ القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣

باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزيدات

رئيس الجمهورية

باسم الشعب

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه ، وقد أصدرناه :

(المــادة الأولى)

تسرى أحكام القــانون المرافــق على جميع الوزارات والمصــالح ووحدات الادارة المحلية والهيئات العامة ،وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى القوانين أو القرارات الخاصة بانشائها ٠

(المــادة الثانية)

تحدد اللائحة التنفيذية المقصود بعبارة السلطة المختصة فى تطبيق أحكام هذا القانون ٠ والى أن تصدر هذه اللائحة يتولى الوزير أو المحافظ أو رئيس مجلس الادارة كل فى حــدود اختصاصه تحديد المقصودة بعبــارة السلطة المختصة ٠

(المــادة الثالثة)

يلغى القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزيدات والقوانين المعدلة له ، كما يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون ٠

(المــادة الرابعة)

يصدر وزير المالية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون اللائحة التنفيذية له ، والى أن يتم اصــدار هــذه اللائحة يستمر العمــل باللوائح والقرارات المعمــول بها حاليا فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون ٠

(المـادة الخامسة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صـدر برئاسـة الجمهوريـة فى ٧ جمـادى الأول سنة ١٤٠٣ (٢٠ فبراير سنة ١٩٨٣) .

حسنى مبارك

قانون تنظيم المناقصات والمزايدات

الباب الأول

فى شراء المنقولات وتقديم الخدمات واجراءات المقاولات

مادة ١ ـ يكون التعاقد على شراء المنقولات وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها ٠

ويجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد باحدى الطرق الآتية :

(أ) المناقصة المحددة ٠

(ب) المناقصة المحلية ٠

(جـ) الممارسة ٠

(د) الاتفاق المباشر ٠

مادة ٢ ـ تخضع المناقصة العامة لمبادىء العلانية والمساواة وحرية المنافسة ، وهى أما داخلية يعلن عنها فى جمهورية مصر العربية أو خارجية يعلن عنها فى مصر والخارج ٠

مادة ٣ ـ يكون التعاقد بطريق المناقصة المحددة فى الحالات التى تتطلب بحسب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين سواء فى داخل مصر أو فى خارجها على أن تكون قد ثبتت كفايتهم فى النواحى الفنية والمالية وأن تتوافر بشأنهم شروط السمعة ٠

مادة ٤ ـ يكون التقاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على ٤٠٠٠٠ جنيه (أربعون ألف جنيه) ويقصر الاشتراك فيها

على الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة الادارية المختصة التعامل معهم ٠

مادة ٥ — يكون التعاقد عن طريق الممارسة فى الأحوال الآتية :

١ — الأشياء المحتكر صنعها أو استيرادها ٠

٢ — الأشياء التى لا توجد الا لدى شخص بذاته ٠

٣ — الأشياء التى لا يمكن تحديدها بمواصفات دقيقة ٠

٤ — الأعمال الاستشارية أو الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها اجراؤها بمعرفة فنيين أو أخصائيين أو خبراء معينين ٠

٥ — الحيوانات والطيور ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل وتقديم الخدمات التى تتصف بالاستعجال أو الغرض المرغوب الحصول عليها من أجله أن يكون اختيارها وشراؤها من أماكن انتاجها ، أو التى تقضى المصلحة العامة أن تتم بطريقة سرية أو التى لم تقدم عنها أية عطاءات فى المناقصات أو قدمت عنها عطاءات بأسعار تزيد على أسعار السوق وكانت الجهة الطالبة فى حاجة عاجلة لا تسمح باعادة طرحها فى المناقصة ٠

مادة ٦ — تتولى اجراءات الممارسة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة من عناصر فنية ومالية وقانونية حسب أهمية وطبيعة التعاقد ويشترك فى عضويتها مندوب عن وزارة المالية اذا جاوزت القيمة عشرين ألف جنيه وعضو من مجلس الدولة اذا جاوزت القيمة مائة ألف جنيه ٠

ويكون تشكيل لجنة الممارسة فى حالة اجراء الممارسة فى خارج الجمهورية بقرار من السلطة المختصة على أن يشترك فى عضوية هذه اللجنة مندوب عن وزارة المالية اذا جاوزت القيمة مائة ألف جنيه وعضو من مجلس الدولة اذا جاوزت القيمة مائتي ألف جنيه ٠

ولا يكون انعقاد لجنة الممارسة صحيحا فى الحالتين السابقتين

الا بحضور مندوب عن وزارة المالية أو مندوب عن وزارة المالية وعضو من مجلس الدولة حسب الأحوال ٠

ويجوز للسلطة المختصة تفويض اللجنة المذكورة بالتعاقد مباشرة ان وجدت مبررا لذلك ٠

ويجب فى جميع الحالات أن يكون قرار لجنة الممارسة مسببا ٠

وتسرى على الممارسة الأحكام الخاصة بالمناقصات فيما لم يرد بشأنه نص خاص بها فى هذا القانون ٠

مادة ٧ — يجوز فى الحالات العاجلة التى لا تحتمل اجراءات المناقصة وبناء على ترخيص من السلطة المختصة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر فيما لا تزيد قيمته على ٢٠٠٠ جنيه (ألفى جنيه) بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل و ٤٠٠٠ جنيه (أربعة آلاف جنيه) بالنسبة لمقاولات الأعمال كما يجوز التعاقد بهذا الطريق لشراء أصناف محتكرة من شركات فى الخارج ليس لها وكلاء فى مصر فيما لا تزيد قيمته على ٨٠٠٠ جنيه (ثمانية آلاف جنيه) ٠

مادة ٨ — يجوز لوزارة الدفاع فى حالات الضرورة التعاقد بمناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر أو الممارسة وفقا لأحكام القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن اعفاء عقود التسليح من الضرائب والرسوم والقواعد المالية ٠

كما يجوز لوزير التموين فى مثل تلك الظروف شراء مواد التموين اللازمة لحاجة البلاد أو نقلها بمناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر ، وذلك بموافقة رئيس مجلس الوزراء فى كل حالة وطبقا لما يقرره من شروط وذلك مع عدم الاخلال بالقواعد المعمول بها بالنسبة للهيئة العامة للسلع التموينية ٠

مادة ٩ — يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية للأنشطة المقررة ٠

ويجوز ابرام عقود التوريدات والخدمات الدورية لمدة تجاوز السنة المالية بشرط ألا يترتب عليها زيادة الالتزامات فى احدى السنوات المالية التالية عما هو مقرر فى السنة التى يتم فيها التعاقد ٠

ويكون التعاقد بالنسبة للمشروعات الاستثمارية المدرجة بالخطة فى حدود التكاليف الكلية المعتمدة ، وعلى أن يكون الصرف فى حدود الاعتمادات المالية المقررة ٠

مادة ١٠ ــ يجب أن يكون التعاقد على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة ، ويجوز طلب تقديم عينات مع العطاءات ، كما يجوز التعاقد على أساس عينات نموذجية ، وفى مقاولات الأعمال يكون التعاقد على أساس رسومات فنية تعد لذلك ٠

مادة ١١ ــ يكون التعاقد على شراء الأصناف التى تستورد من الخارج وفقا لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ومراعاة القررات المنظمة للاستيراد ٠

مادة ١٢ ــ يكون البت فى المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين تقوم احداهما بفتح المظاريف والأخرى بالبت فى المناقصة ٠

على أنه بالنسبة للمناقصات التى تقل قيمتها عن ٥٠٠٠ جنيه (خمسة آلاف جنيه) فتكون فتح مظاريفها والبت فيها عن طريق لجنة واحدة ٠

مادة ١٣ ــ يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة على أن يراعى فى تشكيلها أهمية وقيمة التعاقد ، على أن تضم تلك اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية ٠

ويجب أن تمثل وزارة المالية بمن تنيبه فى لجان البت اذا زادت القيمة التقديرية للمناقصات على خمسين ألف جنيه ، وأن يشترك فى عضويتا عضو من ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة متى زادت القيمة على ثلاثمائة ألف جنيه ٠

ويكون انعقاد لجنة البت صحيحا الا بحضور مندوب عن وزارة المالية ، أو مندوب عن وزارة المالية وعضو من ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة حسب الأحوال ٠

مادة ١٤ — يجوز للجان البت أن تعهد الى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها بدراسة النواحى المالية والفنية فى العطاءات المقدمة ومدى مطابقتها للشروط المعلنة ، كما يجوز أن يعهد الى تلك اللجان بالتحقق من توافر شروط الكفاية المالية والمقدرة الفنية وحسن السمعة لدى مقدمى العطاءات ، وللجنة البت أن تضم الى عضوية تلك اللجان من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة ٠

وتقدم اللجان الفرعية تقريرا بنتيجة أبحاثها وتوصياتها الى لجنة البت ، وللجنة البت عدم الأخذ بهذه التوصيات بقرار مسبب تصدره ٠

مادة ١٥ — تمسك كل جهة ادارية سجلات لقيد أسماء الموردين والمقاولين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين والبيانات الكافية عنهم كما تمسك كل جهة سجلا لقيد أسماء الممنوعين من التعامل سواء بنص قانونى أو بالقرارات الادارية التى تتولى نشرها وزارة المالية فى الحالات المنصوص عنها بالمادة ٢٧ من هذا القانون ويحظر التعامل مع المقيدين فى هذا السجل ٠

مادة ١٦ — لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول فى مفاوضات مع أحد مقدمى العطاءات فى شأن تعديل عطائه ، ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو تحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاءه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره الى مستوى أسعار السوق ٠

وتجرى المفاوضة فى الحالتين المشار اليهما بقرار من السلطة المختصة ٠

مادة ١٧ - تلغى المناقصة بعد النشر عنها أو الدعوة اليها وقبل البت فيها بقرار من السلطة المختصة اذا استغنى عنها نهائيا أو اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، كما يجوز الغاء المناقصة فى الحالات الآتية :

(أ) اذا تقدم عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة الا عطاء واحد .

(ب) اذا اقترنت العطاءات كلها أو أكثرها بتحفظات .

(جـ) اذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة السوقية .

ويكون الالغاء فى هذه الحالات بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت ، ويجب فى جميع الحالات أن يكون قرار الغاء المناقصة مسببا .

مادة ١٨ - يجب ارساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا .

ويعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلى أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعرا اذا لم تتجاوز الزيادة فيه ١٥٪ من قيمة أقل عطاء أجنبى ، ولا يجوز الخروج على حكم هذه الفقرة الا فى حالات الضرورة القصوى التى تقتضيها المصلحة العامة وبموافقة وزير المالية .

واذا تم استبعاد عطاء أو أكثر من بين العطاءات المقدمة وجب أن يكون قرار الاستبعاد مسببا .

مادة ١٩ - يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت لا يقل عن ١٪ من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ولا يقل عن ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك .

مادة ٢٠ - على صاحب العطاء المقبول أن يودع فى فترة لا تجاوز عشرة أيام تبدأ من تاريخ اليوم التالى لاخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه ما يكمل التأمين المؤقت الى ما يساوى ٥٪

من قيمة مقاولات الأعمال التى رست عليه و ١٠٪ من قيمة العقود الأخرى ، وبالنسبة للعقود التى تبرم مع متعاقد فى الخارج يكون ايداع هذا التأمين فى فترة لا تجاوز عشرين يوما · ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة لايدا ع التأمين النهائى بما لا يجاوز عشرة أيام · ويكون التأمين النهائى ضامنا تنفيذ العقد ·

مادة ٢١ ـ تعفى من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت اعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى اذا طلبت فى عروضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم ، ويجب أن يكون قرار الاعفاء مسببا ·

مادة ٢٢ ـ فيما عدا مقاولات الأعمال ، يجوز بقرار مسبب من السلطة المختصة خفض التأمين النهائى فى الحدود التى تقدرها بحيث لا يزيد الخفض على ٥٠٪ من قيمة التأمين على أن يتضمن الاعلان عن المناقصة قيمة التأمين فى هذه الحالة ·

ولا يحصل التأمين النهائى اذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الادارية المتعاقدة نهائيا خلال المدة المحددة لايداع التأمين النهائى ·

مادة ٢٣ ـ تبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون كيفية أداء التأمين المؤقت والنهائى والاجراءات الواجب اتباعها فى هذا الشأن ·

مادة ٢٤ ـ اذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى الواجب ايداعه فى المدة المحددة له فيجوز للجهة المتعاقدة بموجب اخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أية اجراءات أخرى أو الالتجاء الى القضاء أن تلغى العقد وتصادر

التأمين المؤقت أو أن تنفذه كله أو بعضه على حساب صاحبه بمعرفة الجهة المتعاقدة أو بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية لعطائه أو بالمناقصة أو الممارسة أو بالطريق المباشر ٠

ويكون لها الحق فى أن تخصم من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق له أيا كان سبب الاستحقاق لدى الجهة المتعاقدة أو لدى أية جهة ادارية أخرى كل خسارة تلحقها ، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقها فى الرجوع عليه قضائيا بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الادارى ٠

مادة ٢٥ — يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد ، وذلك وفقا للشروط والنسب والحدود والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية ٠

مادة ٢٦ — اذا تأخر المتعاقد فى تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له جاز للسلطة المختصة اذا اقتضت المصلحة العامة اعطاء المتعاقد مهلة اضافية لاتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير بالنسب وطبقا للأسس وفى الحدود التى تبينها اللائحة التنفيذية وينص عليها فى العقد بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٥٪ بالنسبة لعقود المقاولات و ٤٪ بالنسبة لعقود التوريد ٠

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة الى تنبيه أو انذار أو اتخاذ أى اجراءات ادارية أو قضائية أخرى ٠

ولا يخل توقيع الغرامة بحق جهة الادارة فى مطالبة المتعاقد بتعويض كامل عما أصابها من أضرار نتجت عن تأخيره فى الوفاء بالتزاماته ٠

مادة ٢٧ — يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائى فى الحالات الآتية :

١ — اذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب فى معاملته مع الجهة المتعاقدة ٠

٢ — اذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون ٠

٣ — اذا أفلس المتعاقد أو أعسر ٠

ويشطب اسم المتعاقد فى الحالتين (١) ، (٢) من سجل المتعهدين أو المقاولين وتخطر وزارة المالية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية ، ولا يخل فسخ العقد ومصادرة التأمين بحق الجهة الادارية فى الرجوع على المتعاقد بالتعويضات اللازمة ٠

ويجوز بناء على طلب صاحب الشأن اعادة قيد المتعهد أو المقاول المشطوب اسمه فى سجل المتعهدين أو المقاولين اذا انتفى السبب الذى ترتب عليه شطب الاسم وذلك بصدور حكم نهائى ببراءة المتعاقد مما نسب اليه أو صدر قرار من النيابة العامة بألا وجه لاقامة الدعوى ضده أو بحفظها اداريا ، على أن يعرض قرار اعادة قيده على وزارة المالية لنشره على كافة الجهات ٠

مادة ٢٨ — اذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو فى تنفيذه على حسابه ٠

ويتقرر الفسخ أو تنفيذ العقد على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد ٠

مادة ٢٩ — يكون للجهة المتعاقدة فى حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق فى مصادرة التأمين النهائى والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات مما يكون مستحقا للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة ادارية أخرى من مبالغ . وذلك دون حاجة الى اتخاذ أى اجراءات قضائية ٠

الباب الثانى

فى بيع المنقولات وتأجير المقاصف وغيرها

مادة ٣٠ ـ يكون تثمين الأصناف المرغوب فى بيعها بمعرفة لجنة طريق مزايدة علنية عامة أو محلية أو المظاريف المغلقة · ويجوز عند الضرورة التصرف بالبيع أو الايجار دون مزايدة اذا لم تزد القيمة على ١٠٠٠ جنيه (ألف جنيه) ، وذلك طبقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية ·

كما يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التصرف بالبيع أو الايجار عن طريق الممارسة فى الحالات الآتية :

١ ـ الأصناف التى يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها ·

٢ ـ الأصناف التى لم تقدم عنها أية عروض فى المزايدات أو التى لم يصل ثمنها الى الثمن الأساسى ·

٣ ـ حالة الاستعجال الطارئة التى لا تحتمل اجراءات المزايدة ·

مادة ٣١ ـ تتولى اجراءات البيع أو التأجير لجان تشكل على النحو المقرر بالنسبة للجان فتح المظاريف والبت فى المناقصات العامة أو المحلية وتسرى على البيع والتأجير بالممارسة ذات القواعد والاجراءات المنظمة للشراء بطريق الممارسة ، وذلك كله بما لا يتعارض مع طبيعة البيع أو التأجير ·

ويجوز للسلطة المختصة أن تفوض لجنة البيع أو التأجير فى المزايدة العلنية العامة والمحلية فى التعاقد مباشرة ·

مادة ٣٢ ـ يكون تثمين الأصناف المرغوب فى بيعها بمعرفة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة تضم الخبرات والتخصصات النوعية اللازمة ، ويحدد الثمن الأساسى وفقا للمعايير والضوابط التى تنص عليها اللائحة التنفيذية ، ويكون الثمن الأساسى سريا ·

مادة ٣٣ ـ يكون ارســاء المزايدة على مقدم أعلى سعر مســتوف للشروط بشرط ألا يقل عن الثمن الأساسى .

مادة ٣٤ ـ تلغى المزايدة بعد النشر عنها أو الدعوة اليها وقبل البت فيها اذا استغنى عن البيــع أو التأجير نهائيــا أو اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، ويجوز الغاء المزايدة أيضا فى الحالتين الآتيتين :

١ ـ اذا لم يتقــدم فى المزايدة ســوى عرض وحيــد مســتوف للشروط .

٢ ـ اذا لم تصل نتيجة المزايدة الى الثمن الأساسى .

ويجب فى جميع الحالات أن يصدر قرار الغاء المزايدة مسببا من السلطة المختصة .

وتنظم اللائحة التنفيــذية ما يتبع من اجراءات فى حالة الغاء المزايدة .

الباب الثالث

فى الأحكام العامة

مادة ٣٥ ـ لايجوز ابرام عقد تزيد قيمته على ٥٠٠٠ جنيه دون أخذ رأى الجهة المختصة بمجلس الدولة الا اذا أبرم العقد على اساس شروط أخذ فيها رأى الجهة المذكورة أو أبرم على أساس شروط سبق ان ابرم على أساسها عقد مماثل اذا كانت هذه الشروط فى الحالتين لم يحصل فيها أى تغيير .

مادة ٣٦ ـ تحظر الوساطة فى التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون . ولا يسرى ذلك على المتعاقد مع تلك الجهات اذا كان مركزه فى الخارج وكان له وكيل معتمد فى مصر .

مادة ٣٧ ـ يجوز للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر . كما يجوز عند الاقتضاء لأى من هذه الجهات أن تنوب عن بعضها فى مباشرة اجراءات التعاقد فى مهمة معينة . وفقا للقواعد المعمول بها فى الجهة طالبة التعاقد .

ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التى تتم فيما بينها .

مادة ٣٨ ـ يحظر على العاملين بوحدات الجهاز الادارى للدولة ووحدات الادارة المحلية والهيئات العامة التقدم بعطاءات أو عروض لتلك الجهات كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بتنفيذ أعمال . ولا يسرى ذلك على شراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية ، وعلى أن يتم الشراء والتكليف فى الحدود ووفقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية .

كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول فى المزايدات والممارسات بأنواعها الا اذا كانت الأشياء المشتراه لاستعمالهم الخاص وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات غير التى يعملون بها ولا تخضع لاشراف الجهة التى يعملون بها ٠

مادة ٣٩ - لا يجوز اللجوء الى تجزئة المشتريات أو الأعمال أو الخدمات بقصد التحايل لتفادى الاجراءات أو الضوابط أو الضمانات أو الشروط المقررة بأحكام هذا القانون ٠

مادة ٤٠ - يجب النص فى شروط العطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزءا مكملا لهذه الشروط يخضع لها العقد ٠

ثالثا ـ اللائحة التنفيذية
لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات

القســم الأول
الأحكام العامة

مادة ١ : يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل أو الانتاج على أساس دراسات واقعية وموضوعية تعدها الجهة المختصة مع مراعاة مســتويات التخزين ومعدلات الاستهلاك ومقررات الصرف ولا يجوز التعاقد على أشياء يوجد بالمخازن أنواع مماثلة لها و بديلة عنها تفى بالغرض ٠

ويكون تقرير الاحتياجات الفعلية باعتماد رئيس الجهة الادارية أو من يفوضه ٠

مادة ٢ : يراعى عنــد التعــاقد تقسيم الأشــياء الى مجمــوعات متجانسة ، وتحقيقــا لتكافؤ الفرص يتعين تجنب الاشارة الى النوع أو الوصف أو الرقم الوارد فى قوائم الموردين ، كما لا يجوز ذكر علامة معينة أو مواصفات مما تنطبق على نماذج خاصة أو مميزة ٠

مادة ٣ : يجب أن يكون التعاقد على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصــلة يتم وضــعها بمعرفة لجنــة فنية ذات خبرة بالأصــناف المطلوبة ٠ وتراعى المواصــفات القياســية المصريــة ومواصــفات التوريدات الحكومية وغيرها من المواصفات التى تصدرها أو تعتمدها الجهات الفنية المختصة ٠

وعلى اللجنة الفنية أن تراعى عند وضع المواصفات أن تكون ملائمة لطبيعة الانتاج المحلى كلما أمكن ذلك ٠

وفى الحالات التى يتطلب فيها التعاقد على أساس عينات فيجب

النص على وزنها أو مقاسها أو حجمها ، وفى الأصناف التى يلزم توريدها داخل عبوات يجب بيان نوع هذه العبوات وسعتها ومواصفاتها • وفى المقاولات يجب اعداد الرسومات الفنية اللازمة •

مادة ٤ : يجب قبل طرح الأصناف أو الخدمات أو الأعمال أو النقل فى الخارج الحصول على موافقة الوزير المختص ، على أن تبين مبررات ذلك فى مذكرة ترافق أوراق العملية •

مادة ٤ مكرر(١) : ويجب أن تتضمن شروط التعاقد ـ بالنسبة الى الحالات التى تستلزم نقل البضائع بحرا ـ النص على أن يتم النقل عن طريق الشركة المصرية لأعمال النقل البحرى ، ويكون الاستثناء من ذلك بموافقة وزير النقل البحرى أو من يفوضة •

مادة ٥ : يحظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية كما يحظر فى الشهر الأخير من السنة المالية شراء أصناف أو اجراء مقاولات الا فى الحالات الاستثنائية التى تقتضيها ضرورة العمل ، على أن تبين مبررات ذلك فى مذكرة تعرض على السلطة المختصة بالاعتماد •

مادة ٦ : يجب على كل وحدة ادارية تقوم بالتعاقد على عمليات الشراء أو تقديم الخدمات أو اجراء المقاولات أو مقاولات النقل أن تمسك السجلات والنماذج الآتية بمعرفة ادارة المشتريات بها :

١ ـ سجل عام لقيد الموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاخصائيين فى داخل الجمهورية وخارجها •

٢ ـ سجل خاص لقيد الموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاخصائيين المحليين ، الذين تقرر الجهة الادارية المختصة التعامل معهم •

---

(١) مادة مضافة الى اللائحة بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٧ (الصادر فى ١٩٨٧/٤/٢١) •

ويثبت بكل من السجلين المشار اليهما البيانات الآتية :

اسم صاحب النشاط واسم الشهرة ان وجد ·

الاسم التجارى ·

اسم المدير أو الموظف المسئول ·

العنوان القانونى (المحل المختار) ·

أنواع النشاط ·

رقم البطاقة الشخصية أو العائلة ·

رقم البطاقة الضريبية ·

رقم القيد فى السجل التجارى أو الصناعى أو سجل الوكلاء التجاريين أو سجل قيد المقاولين بوزارة الاسكان أو فى أى سجل آخر يكون القيد فيه واجبا قانونا ·

اسم البنك أو البنوك التى يتعامل معها وعناوينها ·

البيانات الخاصة بالكفاية الفنية والمالية ·

أية بيانات أخرى تتطلبها طبيعة نشاط الجهة الادارية ·

٣ ــ سجل قيد الممنوعين من التعامل ·

و يثبت بالاضافة الى البيانات السابقة البيانات الآتية :

الجهة المصدرة لقرار حظر التعامل وتاريخ صدوره ورقمه · أسباب حظر التعامل ·

٤ ــ نموذج طلب عطاء محلى ·

ويستعمل عند التعاقد عن طريق المناقصات المحلية ·

٥ ــ سجل محاضر فتح المظاريف ·

٦ ــ نموذج دفتر تفريغ العطاءات أو العروض ·

٧ ــ سجل أعمال وقرارات لجنة البت •

٨ ــ نموذج اخطار قبول العطاء •

٩ ــ سجل قيد العينات الدولية الواردة مع العطاءات •

١٠ ــ سجل قيد المناقصات •

١١ ــ سجل قيد المناقصات المحلية •

١٢ ــ سجل قيد الممارسات •

١٣ ــ سجل قيد الاتفاقات المباشرة •

١٤ ــ سجل قيد العقود الخارجية •

١٥ ــ نموذج خطاب ضمان عن التأمينات المؤقتة •

١٦ ــ نموذج خطاب ضمان عن التأمينات النهائية •

ويحدد وزاير المالية النماذج المشار اليها ، كما يبين نظام امساك السجلات المذكورة والقيد فيها •

ويحظر استعمال السجلات والنماذج المتقدمة فى غير الأغراض المخصصة لها ويحظر الكشط أو الشطب أو الطمس فى البيانات المثبتة فى تلك السجلات والنماذج ، على أنه اذا تطلب الأمر اجراء أى تصحيح فى تلك البيانات فيتعين أن يكون ذلك بالمداد الأحمر والتوقيع أمامه من المسئول المختص واعتماد الرئيس المباشر له واثبات التاريخ فى كل حالة ، ويجب اذا اقتضت الضرورة الغاء أى نموذج أو صفحة من سجل أن تثبت كلمة « ملغى » بين خطين مائلين متوازين على النموذج أو الصفحة المراد الغاؤها مع بيان سبب الالغاء •

مادة ٧ : تخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بالقرارات التى تصدرها الجهات المعنية ، بعد الرجوع الى ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ، بشطب أو اعادة قيد الموردين و المقاولين ، وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزيدات •

مادة ٨ : يحظر على العاملين بالجهات الحكومية والهيئات العامة وجهات القطاع العام وجهات الادارة المحلية التقدم بعطاءات أو عرض لأى من هذه الجهات ، كما لا يجوز شراء أصناف من هؤلاء العاملين أو تكليفهم بتنفيذ أعمال • ولا يسرى ذلك على شراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بأعمال فنية كالرسم والنحت والتصوير ومايماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية •
ويكون الشراء منهم أو تكليفهم بالعمل الفنى من نفس الكتاب أو نفس العمل الفنى الواحد فى السنة المالية الواحدة بترخيص من السلطات الآتية :

رئيس المصلحة	فيما لا يجاوز خمسمائة جنيه
رئيس الادارة المركزية المختص	فيما لا يجاوز مائة جنيه
الوزير المختص أو من يمارس سلطاته	فيما لا يجاوز ألف جنيه
الهيئة العامة للخدمات الحكومية	فسما لا يجاوز ٢٠٠٠ جنيه

وبالنسبة للكتب الدراسية فيخول وزير التعليم سلطة الموافقة على شرائها طبقا للقواعد العامة الواردة فى هذه اللائحة •

أما اذا كان العامل قد باع حق الطبع والنشر الى مكتبة أو فرد بعقد ثابت التاريخ قبل الشراء بستة أشهر على الأقل فيكون الشراء فى هذه الحالة طبقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة فى هذه اللائحة •

وبالنسبة لشراء حق التأليف أو الطبع أ والنشر ، فيشترط لذلك أن يكون المؤلف وثيق الصلة بأعمال جهة الادارة وأن تكون فى حاجة ماسة الى الحصول عليه وألا تقل النسخ اللازمة منه عن ألف نسخة ، مالم يكن المؤلف قد وضع خصيصا بناء على طلب جهة الادارة فيجوز عند الضرورة أن يقل العدد عن ذلك • كما يشترط قيام لجنة تشكل من اخصائيين فى المادة التى تناولها المؤلف بفحص الكتاب وتقدير قيمته العلمية واقتراح المبلغ الذى تقدره مقابل هذا الشراء ، على أن يراعى فى تقدير القيمة عدد النسخ المطلوبة ومدة الانتفاع بهذا

الحق • ويصدر بهذا الشراء قرار من الوزير المختص اذا لم تجاوز القيمة ألف جنيه ومن وزير المالية فيما لا يجاوز ٢٠٠٠ جنيه •

ويكون شراء حق التأليف أو الطبع أو النشر بالنسبة الى وزارة التربية والتعليم وفقا للقواعد التى يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء •

مادة ٩ : لا يجوز اضافة أو حذف أو تعديل أى شرط أو مادة فى الاشتراطات العامة أو الخاصة التى يتعين اقرارها من الجهات المختصة بمراجعة العقود بمجلس الدولة الا بعد الرجوع اليها وموافقتها •

مادة ١٠ ـ : يعين كل وزير أو من يمارس سلطاته بقرار يصدره الادارات المركزية والمصالح التى يحق لرؤسائها مباشرة السلطات المخولة فى هذه اللائحة لرؤساء الادارات المركزية والمصالح ، وبالنسبة لوحدات الادارة المحلية فيعمل بالسلطات الواردة بقانونه ولائحته التنفيذية فى مباشرة السلطات المخولة لرؤساء الادارات المركزية والمصالح المبينة بهذه اللائحة •

مادة ١١ : لا يجوز الجمع بين رئاسة اللجان المنصوص عليها بهذه اللائحة وسلطات الاعتماد •

مادة ١٢ : تسرى على عقود الخدمات ومقاولات النقل كافة الأحكام الواردة بهذه اللائحة بشأن شراء المنقولات وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة عملية الخدمة أو مقاولة النقل •

مادة ١٣ : كل مخالفة لأى حكم من أحكام هذه اللائحة تعرض المسئول عنها للمحاكمة التأديبية وفقا لأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة وذلك مع عدم الاخلال بحق اقامة الدعوى المدنية والجنائية ضد العامل المسئول عند الاقتضاء •

مادة ١٤ : مع عدم الاخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيدات لا يجوز ـ فى الحالات الفردية ـ الاستثناء من أحكام هذه اللائحة الا عند الضرورة وبقرار من وزير المالية •

القسم الثانى

اجراءات التعاقد

الفصل الأول : المناقصة العامة

مادة ١٥ : يجب الاعلان عن المناقصة العامة فى الوقت المناسب فى الوقائع المصرية كما ينشر عنها مرتين فى جريدة أو جريدتين عربيتين يوميتين واسعتى الانتشار الا اذا كانت قيمة المناقصة تزيد على ٥٠٠٠٠ فينشر عنها ثلاث مرات ، ويجب أن يبين فى الاعلان الجهة التى تقدم اليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها والصنف والعمل المطلوب وقيمة التأمين الابتدائى والنهائى وثمن النسخة من شروط العطاء وأية بيانات أخرى تراها جهة الادارة ضرورية لصالح العمل ، ويجب الاعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والخارج ٠

مادة ١٦ : تحدد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل لتقديم العطاءات والمناقصات العامة وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية ٠ ويجوز بترخيص من رئيس الادارة المركزية المختص تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الضرورة الى ذلك ٠ ولا يسرى ذلك التقصير على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا فى حالة اعادة طرحها ، وتحدد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على شهر الا فى حالات الضرورة القصوى التى تحتمها طبيعة وظروف موضوع المناقصة وبموافقة رئيس الادارة المركزية المختص ، وتحسب مدة سريان صحة العطاءات اعتبارا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف على أن يتم البت فى المناقصة والاخطار فى حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات ٠ فاذا تعذر ذلك فعلى الجهة الادارية أن تطلب فى الوقت المناسب الى مقدمى العطاءات قبول مد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم الى المدة اللازمة ٠

مادة ١٧ : يجب أن تعد كل جهة قبل الاعلان عن المناقصات كراسة خاصة بشروط العطاءات وقوائم الأصناف أو الأعمال وملحقاتها يتم طبعها وتوزيعها ـ بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها ـ على من يطلبها وفقا للقواعد وبالثمن الذى تحدده الجهة الادارية بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية لكراسة شروط العطاءات والمواصفات وكافة المستندات الملحقة بها مضافا اليه نسبة مئوية لا تزيد على ٢٠٪ كمصروفات ادارية ٠

ويتبع بشأن هذه الكراسات الاجراءات المخزنية المعمول بها من حيث الاضافة والصرف والالغاء ٠

وتترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات فيحالة المناقصات الخارجية مع ذكر أن النص العربى هو المعول عليه فى حالة الخلاف أو الالتباس فى مضمونها ٠

مادة ١٨ : يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من رئيس الادارة المركزية برياسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وعضوية مدير القسم المختص وموظف فنى بالنسبة الى مقاولات الأعمال ، وعضوية مدير المشتريات أو نائبه بالنسبة الى المشتريات ، ويحضر اللجنة مندوب ادارة الحسابات ليتسلم التأمينات ٠ ويجوز أن ينص القرار على ضم موظف آخر أو أكثر الى عضوية اللجنة ٠

مادة ١٩ : يتعين قبل موعد اجتماع لجنة فتح المظاريف ندب موظف ليتسلم العطاءات التى وردت الى قسم الوارد والى القسم المختص وصندوق العطاءات الموجود بكل جهة ادارية والذى تعد فتحته بطريقة لاتسمح باخراج أى شىء من محتوياته ويكون له قفلان يحفظ مفتاح أحدهما لدى رئيس الجهة أو من ينيبه ، والثانى لدى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص ٠

كما يجب على قسم الوارد القيام بالتسليم الفورى لما يرد اليه من عطاءات الى لجنة فتح المظاريف صباح اليوم المحدد لفتح المظاريف

وحتى الساعة الثانية عشرة ظهرا موعد فتح المظاريف فى جميع الجهات الادارية ٠

مادة ٢٠ : يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات فى الساعة الثانية عشرة ظهرا فى اليوم المعين لفتح المظاريف كآخر موعد لتقديم العطاءات ، وعليه اتخاذ ما يأتى :

١ ــ اثبات الحالة التى وردت عليها العطاءات بعد التحقق من سلامة الأختام ٠

٢ ــ اثبات عدد المظاريف فى محضر فتح المظاريف ٠

٣ ــ فض العطاءات بالتتابع ٠ وكل عطاء يفتح مظروفه يضع رئيس اللجنة عليه وعلى مظروفه رقما مسلسلا على هيئة كسر اعتيادى بسطه رقم العطاء ومقامه عدد العطاءات الواردة ٠

٤ ــ ترقيم الأوراق المكون منها العطاء واثبات عدد تلك الأوراق ٠

٥ ــ قراءة اسم مقدم العطاء والأسعار وجملة العطاء على الحاضرين من مقدمى العطاءات أو مندوبيهم ٠

٦ ــ اثبات جملة العطاءات بالتفقيط وقيمة التأمين المؤقت المقدم ٠

٧ ــ التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على العطاء ومظروفه وكل ورقة من أوراقه على أن تثبت هذه البيانات فى السجل المعد لذلك ٠

٨ ــ التأشير بدائرة حمراء حول كل كشط أو تصحيح مع وضع خط أفقى قرين كل صنف لم يوضع له سعر بالعطاء والتأشير عليه ، ويجب اثبات كل كشط أو تصحيح وضع حوله دائرة حمراء بمحضر لجنة فتح المظاريف مع بيان ما بداخل الدائرة الحمراء تفصيلا ٠

٩ ــ تفقيط الأرقام المفقطة بالحبر الأحمر ٠

١٠ ــ التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على جميع هذه التأشيرات ٠

١١ــ التوقيع منه ومن جميع أعضــاء اللجنة على محضر اللجنة بعد اثبات كافة الخطوات المتقدمة ٠

١٢ــ تسليم التأمينات لمندوب الحســابات بعد توقيعه بالاستلام على محضر فتح المظــاريف ، كما يوقع رئيس الحسابات فى نفس اليوم أو فى اليوم التــالى على الأكثر بما يفيد مراجعته للتأمينات الواردة بها وبأنها قيدت بالحساب المختص ٠

١٣ ــ ارفاق العطاءات وجميع الأوراق الخاصة بها والمظــاريف التى وردت فيها بمحضر الجنة وتسليمها لمدير المشتريات أو نائبه أو لرئيس القسم المختص وذلك لحفظها فى خزانة مقفلة ٠

١٤ ــ مراجعة العينات المقدمة من مقدمى العطاءات على الكشف الذى دونت به هذه العينات عند ورودها بعد التأكد من سلامة أختامها وغلافاتها ، ويوقعها رئيس اللجنة مع جميع أعضائها ، كما يوقعون على العينات التى ترد داخل مظاريف العطاءات بعد اثباتها فى كشف خاص ، وتسلم العينات جميعا الى مدير المشتريات أو نائبه أو رئيس القسم المختص حسب الحال أسوة بأوراق العطاءات ٠

١٥ ــ يجب أن تتم اللجنة عملها بأكمله فى الجلسة ذاتها ٠

مادة ٢١ : لا يلتفت الى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ، على أن يراعى تقديمه فور وصوله الى رئيس اللجنة لفحصه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ، ثم يدرج فى كشف العطاءات المتأخرة ٠ ومــع ذلك يجــوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البت فى النظر فى التجاوز عن التأخير فى الحالات التى ترد فيهــا العطــاءات المرسلة بطريق البريد قبل انتهــاء لجنة فتح المظاريف من عملها وبشرط أن يكون التأخير لأسباب خارجــة عن ارادة صاحب العطاء وأن يكون العرض المتأخر فى صالح الخزانة ٠

أما اذا ورد العطاء بعد انقضاض لجنة فتح المظاريف فلا يجوز قبوله ٠

وفى جميع الأحوال يعمل بأى خفض فى الأسعار الواردة بالعطاء يصل للجنة قبل انتهاء الميعاد المعين لفتح المظاريف ٠

مادة ٢٢ : تتولى ادارة المشتريات أو القسم المختص فرز عينات كل صنف وقيدها بالسجل الخاص بالعينات ، ويجب أن يبين بهذا السجل تاريخ المناقصة ونوعها ٠ وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم أن يرسل فورا أو فى خلال اليومين التاليين على الأكثر لتاريخ فتح المظاريف ما يقتضى ارساله منها الى المعمل الفنى الحكومى أو الى الجهة الفنية المختصة حتى يتسنى اجراء التحليل المطلوب على وجه السرعة ٠ وعند ورود التقارير الخاصة بها تدون جميع البيانات بالسجل المذكور أمام كل عينة ليعرض على لجنة البت ٠

مادة ٢٣ : العينات المقدمة مع العطاءات التى لا يمكن بحسب طبيعتها التحقق من مطابقتها للمواصفات أو العينات النموذجية ـ بالمعاينة البسيطة ـ يجب ارسالها الى المعمل الفنى الحكومى المختص أو الى الجهة الفنية المختصة لفحصها واختبارها اذا كانت قيمة الصنف الواحد تزيد على ألفى جنيه ٠ ويعتبر الصنف واحدا ولو اختلفت أوزان أو مقاسات أو ألوان وحداته ٠ وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يضع عليها أرقاما سرية (مع مراعاة تعليمات الجهة الفاحصة) ويرسل معها كشفا تفصيليا ببيان مفرداتها والغرض الذى من أجله يراد شراء الصنف ومقدار الكمية المطلوبة وثمنها ، على أن يراعى ترتيبها فى الكشف ترتيبا تصاعديا على أساس الأسعار المقدمة ٠ ويجب توضيح ما قد يوضع عليها من أرقام سرية وأختام وتوقيعات لتمييزها ولضمان عدم استبدال غيرها بها ، ومع ذكر التاريخ المعين للبت فى المناقصة وذلك لكى تقوم الجهة الفاحصة بفحصها وموافاة الجهة المختصة بنتيجة الفحص قبل التاريخ المذكور بوقت كاف يسمح بفحص العطاءات على ضوء تقرير المعمل

عن العينات ورفع التوصيات اللازمة للجنة البت فى المناقصة فى الميعاد المحدد • وعلى جهة الفحص الفنى أن تقوم بفحص العطاءات واختبارها بالتتابع وأن تختمها وتضع عليها أرقاما سرية أخرى لتمييزها ، وترسل عنها تقريرا وافيا بالنتيجة يبين به نسبة الجودة مئوية لكل عينة تم تحليلها وذلك للوصول الى أرخص عطاء يثبت من التحليل أن العينة المقدمة منه تتفق والمواصفات • وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يتحقق من حفظ تقارير المعمل الفنى التى ترد تباعا بملفات المناقصات بعد اثباتها فى السجل الخاص بذلك وقبل عرضها على لجنة الفحص وكذلك التأشير أمام كل تقرير برقم الملف المحفوظة فيه •

مادة ٢٤ : يكلف موظف مسئول أو أكثر بمراجعة العطاءات قبل تفريغها مراجعة حسابية تفصيلية والتوقيع عليها بما يفيد هذه المراجعة ، واذا وجد اختلاف بين سعر الوحدة واجمالى سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط فى حالة وجود اختلافات بينه وبين السعر المبين بالأرقام •

وتكون نتيجة هذه المراجعة هى الأساس الذى يعول عليه فى تحديد قيمة العطاء وترتيبه •

مادة ٢٥ : اذا شكا مقدم العطاء من حصول خطأ مادى فى عطائه فيكون الفصل فى الشكوى من اختصاص لجنة البت والوزير المختص بعد استطلاع رأى الجهة المختصة فى مجلس الدولة اذا اقتضى الأمر ذلك •

مادة ٢٦ : يكلف مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص موظفا أو أكثر تحت اشرافه بتفريغ العطاءات على الاستمارة المعدة لذلك من ثلاث صور ، وعليه أن يعيد ايداعها فى آخر كل يوم فى الخزانة المقفلة لحين الانتهاء من التفريغ وتدوين جميع ملاحظات واشتراطات مقدمى العطاءات التى تخالف اشتراطات جهة الادارة ويجب أن تتم هذه العملية فى أقل وقت ممكن حتى يتسنى البت فى المناقصة قبل

انقضاء مدة سريان العطاءات ، كما يجب أن يؤشر على الكشف برقم وقيمة الاعتماد البند المختص فى الموازنة ٠

وتعمل مطابقة للعطاءات على كشوف التفريغ من اثنين من المراجعين وتوقع بما يفيد هذه المطابقة ثم تقدم الى لجنة البت ٠

مادة ٢٧ : يكون تشكيل لجان البت بقرار من سلطة الاعتماد المختصة برئاسة رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص أو من يندبه وعضوية مدير ادارة المشتريات ومندوب فنى أو أكثر من داخل الجهة أو خارجها من ذوى الخبرة فى الأصناف أو الأعمال المطلوب توريدها أو تنفيذها وممثل للادارة المالية والادارة القانونية بالجهة الادارية ، على أن تتناسب وظائف الأعضاء وخبراتهم مع أهمية موضوع التعاقد ٠

على أن يمثل وزارة المالية فى لجان البت المديرون الماليون بالمحافظات أو المراقبون الماليون بالوزارات أو من يندبه كل منهم ٠ وبالنسبة لغيرها من الجهات فيكون تمثيل وزارة المالية بمن تندبه لذلك ، على أن يمثل مجلس الدولة أحد أعضاء ادارة الفتوى المختصة يندبه رئيسها فى الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٠

مادة ٢٨ : على لجنة البت أن تتأكد من مطابقة كشوف التفريغ للعطاءات ذاتها ، وعليها أن تفحص العينات والفئات وتقارنها بعضها ببعض ، ويجب عليها أن تبين بالتفصيل الكافى على كشف تفريغ العطاءات أوجه النقص والمخالفة للشروط أو المواصفات فى فى العطاءات التى رأت عدم الأخذ بها ٠

وعلى اللجنة تدوين مناقشاتها فى محضر يثبت فى سجل خاص وترافق أوراق المناقصة صورة من المحضر مؤشرا عليها من رئيس المجنة بما يفيد مطابقتها للأصل ٠

مادة ٢٩ : يجب عند البت فى العطاءات أن تسترشد اللجنة بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محليا أو خارجيا ، ويجب بيان

هـذه الأثمان بكشف التفريغ مع ذكر تاريخ التعـامل · كما يجب الاسترشاد أيضا بأسعار السوق ، ويقع على عاتق ادارة المشتريات مسئولية الحصول على هذه الأسعار ·

وعلى اللجنة اذا رأت الغاء المناقصة واعادتها لارتفاع الأسعار أن يكون ذلك بقرار مسبب تفصيلا وأن ترافق أوراق المناقصة الملغاة أوراق المناقصة الجديدة ·

ويجب حسـاب الأسـعار على قاعدة واحدة هى قاعـدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الادارية خالصة جميع المصروفات والرسوم مع مراعاة أسعار النقد الأجنبى ومصـاريف تحويل العملة وغيرها حتى يمكن عمل مقارنة دقيقة بين العطاءات ·

مادة ٣٠ : تجرى المفاوضـة والبت فى نتيجتهـا وفقـا لأحكام قانون تنظيم المناقصـات والمزايدات بقـرار من السلطة المختصـة بالاعتماد بعد موافقة لجنة البت ، على أنه اذا اختلف رأى لجنة البت أو رأى أغلبيتها مع رأى رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص حول استبعاد بعض العطـاءات أو اعتبـار العطـاء أصلح العطـاءات لارسـاء المناقصة على مقدمه أو اجراء أو عـدم اجراء المفاوضـة أو غير ذلك فيعرض الأمر على السـلطة الأعلى مباشرة للبت فيها نهائيا ·

أما اذا اختلف أعضاء اللجنة فى الرأى فيجب اثبات أوجه الخلاف فى المحضر ويكون الفصـل فى ذلك للسلطة التى لها حق اعتمـاد نتيجة المناقصة ، وفى حالة الاختلاف فى الرأى مع المندوب الفنى فيجوز لرئيس اللجنة أن يطلب مندوبا آخر للانضمام الى المندوب الأول للاسترشاد برأيه · فاذا اتفق رأيهما يؤخذ به وان اختلفا يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأيين ·

مادة ٣١ : ترفع لجنة البت توصياتها موقعة من جميع أعضـائها ومن رئيسها للاعتماد من السلطات الآتية :

(أ) رئيس المصلحة اذا كانت قيمة المناقصة لا تزيد على ٥٠٠٠٠ جنيه (خمسين ألف جنيه) ٠

(ب) رئيس الادارة المركزية المختص اذا لم تزد القيمة على ٢٠٠٠٠٠ جنيه (مائتى ألف جنيه) ٠

(جـ) الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك ٠

مادة ٣٢ : فى المناقصات التى تقل قيمتها عن خمسة آلاف جنيه تشكل لجنة بقرار من رئيس المصلحة المختص برئاسة موظف مسئول وعضوية موظفين تتناسب وظائفهم وخبراتهم مع موضوع المناقصة ، وتقوم هذه اللجنة بفتح المظاريف وفحص العطاءات وتفريغها والبت فى المناقصة بعد اتمام اجراءات الفحص أو التحاليل ، وتدون رأيها على كشف التفريغ مع اعتماد توصيات اللجنة من السلطة المصدرة لقرار التشكيل ٠

مادة ٣٣ : تلغى المناقصة فى الحالات المنصوص عنها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار مسبب من سلطة الاعتماد المختصة ٠

كما يجوز بموافقة تلك السلطة قبول العطاء الوحيد بشرط :

١ ـ أن تكون حاجة العمل لا تسمح باعادة طرح المناقصة أو ألا تكون ثمة فائدة ترجى من اعادتها ٠

٢ ـ أن يكون العطاء الوحيد مطابقا للشروط ومناسبا من حيث السعر ٠

مادة ٣٤ : يجب على مدير المشتريات اخطار مقدمى العطاءات الذين قبلت عطاءاتهم بنتيجة المناقصة وذلك خلال أسبوع واحد على الأكثر من تاريخ اعتماد المناقصة ٠

ويجب أن يطلب فى الاخطار ذاته ايداع التأمين النهائى خلال المدة المحددة وكذلك الحضور لتوقيع العقود ، وتوافق العقود صورة

طبق الأصل من هذه الاخطارات وترسل صورة منها الى مدير المخازن أو الى القسم المختص حسب الأحوال ٠

كما يجب اخطار مقدمى العطاءات التى تم استبعادها أو غير المقبولة بأسباب الاستبعاد أو عدم القبول ٠

٣٥ : يجب أن يحرر عقد عن توريد الأصناف أو تنفيذ الأعمال أو النقل أو الخدمات المعلن عنها بمناقصات عامة متى بلغ مجموع قيمة ما رسا توريده أو تنفيذ ألفى جنيه ٠ أما فيما يقل عن ذلك فيمكن الاكتفاء بأخذ اقرار مكتوب شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التماقد مع تحصيل التأمين النهائى ٠

ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لادارة الحسابات ومعها جميع العطاءات وصورة من كشف التفريغ للمراجعة عليها ، وتسلم نسخة للمتعهد وتحفظ النسخة الثالثة بالادارة المختصة بالتنفيذ ٠

ويجب أن يبين على كل صورة قيمة التأمين النهائى ونوعه وتاريخ توريده ٠

ويقوم المتعهد ورئيس القسم المختص أو مدير المشتريات بالتوقيع على العينات النموذجية والعينات المقبولة وختمها بالشمع الأحمر على أن يكون وضع الأختام بطريقة لا يمكن معها تغيير العينات ٠

مادة ٣٦ : يجب على جهة الادارة ابلاغ مصلحة الضرائب عن كل الصفقات أو الأعمال التى تجريها الجهة على أن يشمل التبليغ البيانات الآتية :

١ ــ اسم المتعاقد ثلاثيا ٠

٢ ــ عنوان المنشأة وقسم الشرطة التابعة له ٠

٣ ــ القيمة الاجمالية للعقد ٠

٤ ـ طبيعة التعاقد والمدة التى يتم فيها تنفيذه والتاريخ المحدد لنهايته ٠

٥ ـ رقم السجل التجارى الخاص بالمتعاقد ورقم البطاقة (شخصية أو عائلية) وتاريخ اصدارها ٠

٦ ـ رقم البطاقة الضريبية ٠

كما يجب ابلاغ المصلحة المذكورة بأية تعديلات تطرأ على القيمة الاجمالية للعقد أو على مدة تنفيذه وجميع المبالغ التى تصرف للمتعاقد بمجرد صرفها ٠

الفصل الثانى

المناقصة المحدودة

مادة ٣٧ : يكـون التعاقد بطريـق المناقصة المحددة بقـرار من سـلطة الاعتماد المختصة ، وتجرى الدعـوة لتقديم العطـاءات فى المناقصات المحدودة بموجب كتب موصى عليها بعلم الوصول تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها فى الاعلان عن المناقصة العامة وفق أحكام هذه اللائحة ٠

كمـا يجوز الاعـلان عنها بـاذن من رئيس الادارة المركزيـة أو رئيس المصلحة المختص عند الاقتضاء ٠ وفى هذه الحالة يجب أن تتبع ذات اجراءات النشر عن المناقصة العامة ٠

مادة ٣٨ : تجرى المناقصـة المحددة بين أكبر عـدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة والمقيدين بسجل المقاولين والموردين ٠

مادة ٣٩ : فيما عدا ما تقدم تخضـع المناقصة المحدودة لكافـة القواعد والأحكـام والاجـراءات والشروط المنصوص عنها بهـذه اللائحة بالنسبة للمناقصات العامة ٠

الفصل الثالث

المناقصة المحلية

مادة ٤٠ : يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية بقرار من رئيس الادارة المركزية المختص ، وتسرى بشأن المناقصات المحلية كافة القواعد والأحكام والاجراءات والشروط المنصوص عليها فى هذه اللائحة بالنسبة الى المناقصات العامة فيما عدا ما يتعلق بالنشر وما ورد بشأنه نص خاص ٠

مادة ٤١ : توجه الدعوة فى المناقصات المحلية الى أكبر عدد ممكن من الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة التعامل معهم من المقيدين بالسجل الخاص بذلك ٠

ويجوز توجيه الدعوة الى غير المقيدين بهذا السجل بقرار من سلطة الاعتماد المختصة ٠

مادة ٤٢ : يقدم العطاء فى الغلاف المطبوع المرافق لطلب العطاء المحلى حتى الميعاد المحدد لقبول العطاءات ٠

مادة ٤٣ : ترسل طلبات العطاءات المحلية الى المقاولين أو الموردين الذين تقرر جهة الادارة دعوتهم الى الاشتراك فى المناقصة بواسطة البريد الموصى عليه بعلم الوصول قبل الميعاد المحدد لفتح مظاريف العطاءات بوقت كاف لا يقل عن خمسة أيام ، وفى حالة الاستعجال يجب ارسالها مع مخصوص قبل الموعد المحدد بثمان وأربعين ساعة على الأقل ، وتسلم بموجب ايصال مؤرخ ٠

مادة ٤٤ : تفتح العطاءات المحلية فى الميعاد المحدد لذلك وتفرغ بمجرد فتحها على الاستمارة المعدة لذلك والتى تحرر من أصل يبقى بالدفتر وصور ترافق العطاءات ٠

مادة ٤٥ : يكون اعتماد توصيات لجنة البت فى المناقصات المحلية من السلطات المبينة فيما يلى :

١ ــ رئيس المصلحة المختص لغاية ٢٠٠٠٠ جنيه ٠

٢ ــ رئيس الادارة المركزية المختص لغاية ٤٠٠٠٠ جنيه ٠

الفصل الرابع

الممارسة

مادة ٤٦ : يكون التعاقد بطريق الممارسة فى الحالات المنصوص عنها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من سلطة الاعتماد المختصة ، وتصدر تلك السلطة قرارا بتشكيل لجنة الممارسة برئاسة وعضوية موظفين مسئولين تتناسب وظائفهم وخبراتهم الفنية والمالية والقانونية مع أهمية الصفقة ونوعها ٠

ويكون تشكيل لجنة الممارسة فى حالة اجراء الممارسة فى خارج الجمهورية بقرار من الوزير المختص وفقا لأحكام القانون المشار اليه ٠

مادة ٤٧ : توجه الدعوة لتقديم العروض فى الممارسات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول تتضمن البينات الواجب ذكرها فى الاعلان عن المناقصات العامة والمبينة بهذه اللائحة مع تحديد ميعاد أول اجتماع للجنة الممارسة ليحضره الموردون والمقاولون أو مندوبوهم ٠

ويجب أن توجه الدعوة الى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة والمقيدين بسجل الموردين والمقاولين ٠

كما يجوز الاعلان عن الممارسة وذلك بترخيص من السلطة المختصة بالاعتماد ، وتتولى لجنة الممارسة مجتمعة اجراء ممارسة الموردين والمقاولين ومناقشاتهم فى جلسات علنية مفتوحة للموردين أو مندوبيهم ، ثم ترفع اللجنة توصياتها بالنتيجة الى السلطة المختصة بالاعتماد ما لم تكن اللجنة مفوضة بالتعاقد مباشرة ٠

ويجب على لجنة الممارسة أن تثبت كافة ما اتخذته من اجراءات ومناقشات فى محضر متضمن توصياتها وموقع عليه من جميع أعضائها ٠

مادة ٤٨ : يكـون اعتماد توصيات لجنة الممارسة من السـلطات الآتية :

١ ـ رئيس المصلحة المختص لغاية ٢٠٠٠٠ جنيه ٠

٢ ـ رئيس الادارة المركزية المختص لغاية ٥٠٠٠٠ جنيه ٠

٣ ـ الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك ٠

مادة ٤٩ : يخضـع التعاقـد بطريق الممارسة للشروط العـامة للمناقصات العامة فيما لم يرد فيه نص خاص بهذه اللائحة ٠

الفصل الخامس

الاتفاق المباشر

مادة ٥٠ : يجب فى حالات الضرورة التى يتم فيها اجراء الشراء أو الخدمات أو تنفيذ مقاولات النقل أو مقاولات الأعمال بطريق الاتفاق المباشر فى حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيدات أن يكون ذلك بترخيص من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص ، وأن تبين فى المستندات الأسباب الملحقة التى تقضى باتباع طريق الاتفاق المباشر ، وأن يدون الموظف المسئول على مستندات الصرف اقرارا بأن الأصناف أو الأعمال مطابقة من حيث النوع والمواصفات للغرض المطلوبة من أجله وأن الأسعار مناسبة ٠

ويكون اعتماد نتيجة التعاقد بهذا الطريق من السلطات الآتية :

١ ــ رئيس المصلحة المختص لغاية ١٠٠٠ جنيه (ألف جنيه) بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل و ٢٠٠٠ (ألفى جنيه) بالنسبة لمقاولات الأعمال و ٤٠٠٠ جنيه (أربعة آلاف جنية) بالنسبة لشراء أصناف محتكرة من شركات فى الخارج ليس لها وكلاء فى مصر ٠

٢ ــ رئيس الادارة المركزية فيما يزيد على ذلك ٠

مادة ٥١ : لا يجوز تكرار التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أكثر من مرة واحدة فى السنة الواحدة بالنسبة الى ذات عملية الشراء أو الخدمة أو مقاولة الأعمال أو النقل الا فى حالة الضرورة وبموافقة الوزير المختص ٠

القسم الثالث

الاشتراكات العامة

الفصل الأول

الشروط العامة

مادة ٥٢ : مع عدم الاخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيدات يجب على مقدمى العطاءات أن يتبعوا الأحكام الواردة فى المواد الآتية :

مادة ٥٣ : تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم جهة الادارة والمؤشر عليه برقم قسيمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرافق له وترسل داخل مظروف مختوم بالشمع الأحمر يوضع داخل مظروف آخر ويكتب على المظروف الداخلى عبارة عطاء عن (   ) جلسة (   ) وعلى الخارجى اسم وعنوان وجهة الادارة أو الوحدة المختصة ويذكر به ما يأتى « بداخله عطاء لجلسة   » ويكون ارسالها بالبريد الموصى عليه خالصة الأجرة ، ويجوز وضعها داخل الصندوق المختص لوضع العطاءات • واذا أريد تسليمها لقلم محفوظات الجهة فيكون ذلك بايصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته •

ويجوز اذا كان العطاء مقدما من فرد أو شركة فى الخارج أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بشراء كراسة الشروط والمواصفات •

مادة ٥٤ : على مقدم العطاء مراعاة ما يلى فى اعداده لقائمة الأسعار (جدول الفئات) :

١ ــ تكتب أسعار العطاء بالمداد بالعملة المصرية رقما وحروفا باللغة العربية ، ويكون سعر الوحدة فى كل صنف بحسب ما هو

مدون بجدول الفئات عددا أو وزنا أو مقاسا أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل فى الوحدة ٠

ويجوز فى حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية مع ذكر ما تساوية بالعملة المصرية ٠

ويجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء ٠

٢ ــ لا يجوز الكشط أو المحو فى جدول الفئات ، وكل تصحيح فى الأسعار أو غيرها يجب اعادة كتابته بالمداد رقما وحرفا وتوقيعه ٠

٣ ــ لا يجوز لمقدم العطاء شطب أى بند من بنوده أو من المواصفات الفنية أو اجراء تعديل فيها مهما كان نوعه ٠

واذا رغب فى وضع اشتراطات خاصة أو اجراء تعديلات أن يبعثها فى كتاب مرافق لعطائه على أن يشير الى هذا الكتاب فى العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح المظاريف ، ولا يعتد بما عدا ذلك من وسائل المراسلة ٠

ولا يلتفت الى أى ادعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ فى عطائه اذا قدم بعد فتح المظاريف ٠

٤ ــ اذا سكت مقدم العطاء فى مناقصات توريد الأصناف عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة الأسعار المقدمة منه فيعتبر ذلك امتناعا منه عن الدخول فى المناقصة بالنسبة الى هذا الصنف ٠

أما فى مقاولات الأعمال فلجهة الادارة ــ مع الاحتفاظ بالحق فى استبعاد العطاء ــ أن تضع للبند الذى سكت مقدم العطاء عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند فى العطاءات المقدمة وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات ٠ فاذا أرسيت عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند فى العطاءات المقدمة دون أن يكون له حق المنازعة فى ذلك ٠

٥ ـ يبين فى قائمة الأسعار ما اذا كان الصنف مصنوعا فى مصر أو فى الخارج ، ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقـدم العطاء من بين متعهدى الحكومة ٠

٦ ـ الفئات التى حـددها مقدم العطاء بجدول الفئات تشـمل وتغطى جميع المصروفات والالتزامات أيا كان نوعها التى يتكبدها بالنسبة الى كل بند من البنود ، وكذلك تشمل القيام باتمام جميع الأعمال وتسليمها لجهة الادارة والمحافظة عليها أثناء مدة الضمان طبقا لشروط العقد ، ويعمل الحساب الختامى بالتطبيق لهذه الفئات بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملة والتعريفة الجمركية ورسوم الانتاج وغيرها من الرسوم الأخرى ٠

مادة ٥٥ : على مقدمى العطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا فى كتاب مستقل يرافق العطاء قيمة الأعمال ونوعها وتاريخها التى قاموا بها للحكومة والهيئات العامة وشركات القطاع العام ٠ فاذا كان لم يسبق لهم القيام بأعمال من هذا القبيل ، فعليهم أن يقدموا الى جهة الادارة ما يثبت قيامهم فى عهود قريبة بأعمال تشبه فى نوعها الأعمال المطروحة فى المناقصة ومواقعها ومجموع قيمتها وتواريخ اتمامها ، وعليهم عمل التسهيلات اللازمة لمندوبى جهة الادارة لمعاينة تلك الأعمال وتقديم كافة البيانات والمستندات التى تثبت قيدهم فى مكاتب أو سجلات خاصة وفقا للقوانين أو القرارات التى تنظم ذلك ٠

مادة ٥٦ : يكون العطاء عن توريد الأصناف حسب عينات جهة الادارة النموذجية والمواصفات أو الرسومات المعتمدة التى يجب على مقـدم العطاء الاطلاع عليها ، ويعتبر تقديمه العطـاء اقرارا منه باطلاعه عليها ويتولى التوريد طبقا لها ولو رافقت عطاءه عينات أخرى ٠

على أنه بالنسبة الى المنتجات الغذائية والكيماوية يكون التوريد حسب المواصفات المحددة لها • واذا لم يكن لها مواصفات يكون التوريد حسب العينات التى يطلب تقديمها مع العطاءات • واذا كانت هذه العينات مما يفسد ولا تبقى سليمة حتى التوريد فيكون قبول التوريد على أساس مطابقة نتائج تحليها على نتائج تحليل عينات التوريد •

وبالنسبة الى المنتجات الهندسية والمعدنية والكهربائية يكون التوريد حسب المواصفات دون التقيد بالعينات ، ويجوز تقديم عينات للاسترشاد بها فقط •

أما منتجات الغزل والنسيج فيكون قبولها وفقا للشروط والمواصفات والتجاوزات الفنية التى تقرها وزارة الصناعة •

واذا ما أجازت الجهة الادارية المختصة فى اعلانها تقديم عينات مع العطاءات فيجب أن تكون من حجم أو مقاس أو وزن يسمح بالفحص أو التحليل وأن تنطبق عليها المواصفات •

ويكون لمقدمى العينات الحق فى استردادها فى مدى أسبوعين من تاريخ اخطارهم برفضها بكتاب موصى عليه والا أصبحت ملكا للحكومة دون مقابل •

مادة ٥٧ : يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة جهة الادارة حتى نهاية مدة سريان العطاء المعينة باستمارة العطاء المرافقة للشروط •

مادة ٥٨ : اذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف فيصبح التأمين المودع حقا للجهة دون حاجة الى انذار أو الالتجاء الى القضاء أو اتخاذ أية اجراءات أو اقامة الدليل على حصول ضرر •

وعند انقضـاء مدة سريان العطاء يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت · وفى هذه الحالة يصبح العطاء ملغيا وغير نافذ المفعول · فاذا لم يطلب ذلك اعتبر قابلا استمرار الارتباط بعطائه الى أن يصـل لجهـة الادارة اخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه ·

مادة ٥٩ : يجب أن يكون مقدم العطاء مقيما فى جمهورية مصر العربية أو أن يكون له وكيل فيها والا وجب عليه أن يبين فى عطائه الوكيل المعتمد منه فى جمهورية مصر العربية فيما لو رست عليه المناقصـة وأن يبين فى عطائـه العنوان الذى يمكن مخابرته فيـه ويعتبر اعلانه صحيحا ·

واذا كان العطاء مقدما من وكيل عن صاحب العطـاء فعليه أن يقدم معه توكيلا مصدقا عليه من السلطات المختصة بالاضافة الى كافة البيانات والمستندات التى يجب عليه تقديمها وفقا لأحكام القوانين والقرارات التى تنظم ذلك ·

مادة ٦٠ : كل عطاء مقـدم من شركة يجب أن ترافقه صـورة رسمية من عقد تأسيسها ومن قانونها النظامى · وعند تقديم عطاء من منشـأة تجـارية لأكثر من شـخص واحـد فيجب أن ترافقـه صورة رسمية من عقد المشاركة ·

وفى كلتا الحالتين يجب أن ترافق الصورة المقدمة بيان بأسماء الأشخاص المصرح لهم بالتعاقد لحساب الشركة أو المنشأة ومدى هذا الحق وحدوده وأسماء المسئولين مباشرة عن تنفيذ شروط العقود وامضاء الايصـالات واعطـاء المخالصات باسم الشركة أو المنشاة ونماذج من امضاءاتهم على أن تكون هذه النماذج على ذات صورة العقد أو التوكيل ·

واذا كان العطاء مقـدما من شخص طبيعى أو معنوى فيجب أن ترافق العطاء صورة من بطاقته الضريبية ·

مادة ٦١ : يجب أن تصل العطاءات الى جهة الادارة أو الوحدة المختصة فى ميعاد غايته الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالاعلان ، ولا يعتد بالعطاءات المقدمة بعد هذا الميعاد أيا كانت أسباب التأخير •

مادة ٦٢ : يكون لجهة الادارة الحق فى مراجعة الأسعار المقدمة سواء من حيث مفرداتها أو مجموعها واجراء التصحيحات المادية اذا اقتضى الأمر ذلك •

ويعول على السعر المبين بالحروف • ولا يعتد بالعطاء المبنى على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة •

مادة ٦٣ : تكون العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية من مقدمى العطاءات محل اعتبار عند البت فى أولوية العطاءات •

مادة ٦٤ : يكون توريد الأصناف فى المواعيد والأماكن المبينة بقائمة الأسعار ، ويراعى عند وضع الأسعار بالعطاء :

(أ) اذا كان تسليم الأصناف بميناء الشحن على ظهر المركب « فوب » F.O.B. فيجب أن يشمل السعر المبين بالعطاءات العبوات من صناديق وصفائح وبراميل وأكياس وغيرها وكذا مصروفات النقل الى ظهر المركب •

(ب) اذ كان التسليم C.I.F. أو بميناء الوصول فيشمل السعر علاوة على المبين بالبند (أ) نولون الشحن البحرى أو الجوى ومصرفات التفريغ من المراكب كما يشمل رسم التأمين فى حالة C.I.F. وميناء الوصول •

وفى كلتا الحالتين اذا اشترط المتعهد فى عطائه قيام الجهة صاحبة الشأن بدفع الثمن بموجب اعتماد يفتح بواسطتها لحسابه أو لحساب عملائه فى الخارج أو فى الداخل فان مصاريف فتح الاعتماد يتحملها المتعهد ، وعليه أن يبين فى العطاء مقدار المبالغ المطلوب تحويلها الى الخارج مع بيان نوع العملية والجهة التى سيتم الاستيراد منها .

ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البت الموافقة على تحمل الجهة بمصروفات فتح الاعتماد اذا اشترط المتعهد ذلك ، على أن يؤخذ هذا الشرط فى الاعتبار عند المقارنة والمفاضلة بين مختلف العروض من حيث الأسعار والشروط المقدمة ٠

(جـ) اذا كان التسليم بمخازن جهة الادارة فيجب ان يشمل السعر علاوة على المبين بالبند (ب) رسوم الجمارك وجميع أنواع الرسوم الأخرى والضرائب السارية وقت تقديم العطاء ومصروفات النقل الداخلى بحيث تسلم الأصناف لمخازن الجهة خالصة من جميع الرسوم والمصروفات ٠

(د) فاذا حدث تغيير فى التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل عن الأصناف الموردة فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة له فيسرى الفرق تبعا لذلك بشرط أن يثبت المتعهد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة ٠ أما فى حالة ما اذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد الا اذا أثبت المتعهد أنه أدى الرسوم على اساس الفئات الأصلية قبل التعديل ٠

وفى حالة التأخير فى التوريد عن المواعيد المحددة فى العقد وكان تعديل فئات الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد ، فان المتعهد يتحمل عن الكميات المتأخرة كل زيادة فى الرسوم والضرائب المشار اليها الا اذا أثبت المتعهد أن التأخير يرجع الى القوة القاهرة ٠ أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة العقد ٠

مادة ٦٥ : يجوز لمقدم العطاء أو مندوبه أن يحضر جلسة فتح المظاريف فى الموعد المحدد لذلك لسماع قراءة العطاءات المقدمة ٠

مادة ٦٦ : اذا تساوت الأثمان بين عطاءين أو أكثر جازت تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها اذا كان ذلك فى صالح العمل ٠ ويجوز ذلك أيضا اذا كان مقدم العطاء الأقل سعرا يشترط مددا

بعيدة للتوريـد لا تتناسب وحالة العمل بالجهـة الادارية ، وذلك بالتعاقد مع صاحب أنسب العطاءات التالية على أقل كمية تلزم لتموين المخازن فى الفترة الواقعة بين تاريخى التوريد ومع صاحب العطاء الأقل عن باقى الكميات • وعلى لجنة البت فى هذه الحالة أن تثبت فى تقريرها الباقى من الصنف بالمخزن ومتوسط الاستهلاك •

وتفضـل العطاءات المقـدمة من مراكز وهيئات التأهيل المهنى المشكلة بقرار من الوزير المختص متى تساوت أثمانها مع أثمان أقل العطاءات سعرا وكانت مطابقة للشروط والمواصفات •

مادة ٦٧ : يجوز عند الضرورة الترخيص بدفع مبالغ مقدما من قيمة الأصناف و مقاولات الأعمال أو مقاولات النقل أو الخدمات المتعاقد عليها اذا كان الدفع المقدم مشروطا فى التعاقد وذلك فى الحدود الآتية :

لغاية ٥٠٪ من قيمة التعاقد بموافقـة رئيس الادارة المركزية المختص •

لغاية ١٠٠٪ من قيمة التعاقد بموافقة الوزير المختص •

ويكون الدفع المقـدم مقابل خطاب ضـمان بنكى معتمد بنفس القيمة والعملة وغير مقيد بأى شروط وسارى المفعول حتى تاريخ انتهاء تنفيذ العقد • ويستثنى من شرط تقديم خطاب الضمان المشار اليه حالات التعاقد التى تتم بين جهتين من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيدات •

ويراعى عند المفاضلة والمقارنة بين العطاءات اضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى وقت البت فى المناقصة الى قيمة العطاءات المقترنة بالدفع المقـدم وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدما ، وتحسب الفائدة عن المدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلى •

ويجب فى جميع الحـالات أن يكـون الـدفع المقدم فى حـدود الاعتمادات المدرجة بالموازنة عن السنة المالية التى يتم فيها التعاقد •

الفصل الثانى

فى التأمينات

مادة ٦٨ : مع عدم الاخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات تؤدى التأمينات نقدا ويجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى جهة الادارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية . ولا يجوز أن يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة .

ويجوز أن تقدم كفالة بقيمة التأمين اذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيها .

مادة ٦٩ : اذا كان التأمين نقدا فيؤدى بايداعه احدى خزائن الحكومة بموجب ايصال رسمي يثبت فى العطاء رقمه وتاريخه . ويجوز أن تسحب حوالة بريدية بقيمته ترافق العطاء . ولا تحسب فائدة على هذه المبالغ .

وتقبل الشيكات على المصارف المحلية اذا كان مؤشرا عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه ، كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة .

ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها اذا تبين وجود ضمانات كافية .

واذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة والا يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر جهة الادارة المختصة مبلغا يوازى التأمين المؤقت

وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفات الى أية معارضة من مقدم العطاء ٠

وعندما ترد لاحدى الجهات الادارية كفالة عن تأمين نهائى من أحد المصارف المرخص لها فى اصدار كتب كفالة أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى قرارا على هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف فى اصدارها ٠

فاذا تبين عند مراجعة الاخطارات بوزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة المختصة فورا لمطالبة المصرف بأن يؤدى اليها فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة الكفالة نقدا ٠

واذا كانت الكفالة محدودة المدة فيجب ألا تقل مدة سريانها عن ثلاثين يوما على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات ٠ وبالنسبة للتأمين النهائى فيكون سريان كتاب الكفالة لمدة تبدأ من وقت اصداره الى ما بعد انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر ، الا اذا اتفق على غير ذلك ٠

مادة ٧٠ : لا يحصل التأمين النهائى اذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الادارية المتعاقدة نهائيا خلال المدة المحددة لايداع التأمين النهائى ٠

أما اذا كان التوريد المقبول عن جزء من الأصناف المشار اليها وكان ثمنه يكفى لتغطية قيمة التأمين النهائى فيخصم من ثمن الجزء المورد ما يعادل قيمة هذا التأمين من مجموع قيمة العطاء ويحتفظ به لدى الجهة المتعاقدة بمثابة تأمين نهائى حتى تمام تنفيذ العقد ٠

مادة ٧١ : مع عدم الاخلال بأحكام هذه اللائحة يرد التأمين المؤقت الى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم سواء كان نقدا أو بشيك أو بخطاب ضمان وذلك فى خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك اذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب العطاء المقبول ٠

ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائى بأكمله الى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط ، وحينئذ يرد التأمين أو ما بقى منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه وذلك فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد اتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط ٠

مادة ٧٢ : يصدر باعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى ومد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائى بما لايجاوز عشرة أيام أو خفضه بما لا يزيد على ٥٠٪ قرار مسبب من الوزير المختص أو من يمارس سلطاته وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٠

القسم الرابع
اجراءات تنفيذ العقود

الفصل الأول
الشروط العامة

مادة ٧٣ : تبدأ المدة المحددة للتوريد من اليوم التالى لاخطار المتعهد بقبول عطائه الا اذا اتفق على خلاف ذلك ، ويكون اخطار المتعهدين فى الخارج بموجب برقيات تؤيد بكتاب لاحق • على أن يتضمن الاخطار ـ بالاضافة الى ما تضمنته المادة ٣٤ من هذه اللائحة ـ الأصناف والكميات والفئات ومواعيد بدء التوريد وانتهائه •

وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذى يسلم فيه الموقع للمقاول • ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ومحرر من نسختين تسلم احداهما للمقاول وتحتفظ جهة الادارة بالنسخة الأخرى • واذا لم يحضر المقاول أو مندوبه لتسلم الموقع فى التاريخ الذى تكون جهة الادارة قد عينته له فى اخطار قبول العطاء فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعدا لبدأ تنفيذ العمل •

مادة ٧٤ : اذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو فى تنفيذه على حسابه •

ويتقرر الفسخ أو التنفيذ على الحساب بقرار من السلطة المختصة بالاعتماد يعلن الى المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد وذلك دون حاجة الى اتخاذ آية اجراءات ادارية أو قضائية أخرى •

مادة ٧٥ : لا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ، ويكتفى فى هذه الحالة بتصديق البنك · ويبقى المتعهد أو المقاول مسئولا عن تنفيذ العقد · ولا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون لجهة الادارة قبله من حقوق ·

مادة ٧٦ : اذا توفى المتعهد أو المقاول جاز لجهة الادارة فسخ العقد مع رد التأمين اذا لم يكن لجهة الادارة مطالبات قبل المتعهد أو السماح للورثة بالاستمرار فى تنفيذ العقد بشرط آن يعينوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ويوافق عليه رئيس الادارة المركزية المختص ·

واذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعهد أو مقاول وتوفى أحدهم فيكون لجهة الادارة الحق فى انهاء العقد مع رد التأمين ، أو مطالبة باقى المتعهدين بالاستمرار فى تنفيذ العقد ·

ويحصل الانهاء فى جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات أخرى أو الالتجاء الى القضاء ·

الفصل الثانى

فى شروط تنفيذ عقود مقاولات الأعمال

مادة ٧٧ : يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد بما فى ذلك إستخراج الرخصة ، كما يكون مسئولا عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر جهة الادارة بابعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط ٠

ويلتزم المقاول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد ، وتعتبر مسئوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة ٠

وفى حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق فى تنفيذها على نفقته ٠

مادة ٧٨ : يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة ، وعليه اخطار جهة الادارة فى الوقت المناسب بملاحظاته عليها ، ويكون مسئولا عن جميع هذه الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه ٠

مادة ٧٩ : جميع المواد والمشونات المعتمدة والقطع والأدوات والآلات التى تكون قد استحضرت بمعرفة المقاول لمنطقة العمل أو على الأرض المشغولة بمعرفة المقاول بقصد استعمالها فى تنفيذ العمل وكذلك الأعمال والمنشآت الوقتية الأخرى تظل كما هى ، ولا يجوز نقلها أو التصرف فيها الا باذن جهة الادارة الى أن يتم التسليم المؤقت ، على أن تبقى فى عهدة المقاول وتحت حراسته ومسئوليته وحده ولا تتحمل جهة الادارة فى شأنها آية مسئولية بسبب الضياع أو التلف أو السرقة أو غير ذلك ٠

ويجب على المقاول أن يهيء مكانا صالحا لتشوين المواد القابلة للتلف بسبب العوامل الجوية وذلك لوقايتها منها بطريقة يوافق عليها مهندس جهة الادارة ٠

مادة ٨٠ : المقادير والاوزان الواردة بجدول الفئات هى مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة والعجز تبعا لطبيعة العملية ، والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة ، والأثمان التى تدفع للمقاول تكون على أساس الكميات التى تنفذ فعلا سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الوارد بالمقايسة أو الرسومات ، سواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ فى حساب المقايسة الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت فى العمل طبقا لأحكام العقد وبمراعاة ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول فى ترتيب عطائه ٠

ويعتبر المقاول مسئولا عن التحرى بنفسه عن صحة المقادير والأوزان ٠ وتعتبر كل فئة من الفئات المدرجة بجدول الفئات ملزمة للمقاول أثناء العقد وغير قابلة لاعادة النظر لأى سبب ، ولا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تعويضات مهما كانت خسارته أو تكبده مصروفات اضافية ٠

ويقوم مهندس جهة الادارة بعملية القياس والوزن للأعمال أثناء سير العمل بالاشتراك مع المقاول أو مهندسه أو مندوبه ، ويتم التوقيع بصحة المقاسات والأوزان من الاثنين ، فاذا تخلف المقاول أو مندوبه بعد اخطاره يلزم بالمقاسات والأوزان التى يجريها مهندس من جهة الادارة ٠

على أنه بالنسبة للجهات التى لا يتوافر فيها العنصر الفنى اللازم فينتدب مهندس من مديرية الاسكان المختصة ، ويكون مهندس جهة الادارة أو مديرية الاسكان مسئولا عن صحة وسلامة ما يثبته من بيانات فى هذا الشأن ٠

وتعرض أوجه الاختلاف فى هذا المجال على جهة الادارة ويكون قرارها فى ذلك نهائيا ٠

مادة ٨١ : يلتزم المقاول بانهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت فى المواعيد المحددة ٠

فاذا تأخر جاز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة العامة اعطائه مهلة اضافية لاتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن المدة التى يتأخر فيها انهاء العمل بعد الميعاد المحدد الى أن يتم التسليم المؤقت ٠ ولا يدخل فى حساب مدة التأخير مدد التوقف التى يثبت لجهة الادارة نشوؤها عن أسباب قهرية ٠ ويكون توقيع الغرامة بالنسب والأوضاع التالية :

١٪ عن الأسبوع الأول أو أى جزء منه ٠

٥ر١٪ عن الأسبوع الثانى أو أى جزء منه ٠

٢٪عن الأسبوع الثالث أو أى جزء منه ٠

٤٪ عن كل شهر أو جزء منه بعد ذلك بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٥٪ ٠

وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها اذا رأت جهة الادارة أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل فى المواعيد المحددة ٠ أما اذا رأت جهة الادارة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك ، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط ٠

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أى ضرر دون حاجة الى أى تنبيه أو انذار ٠

ويجب على جهة الادارة أن تراعى الدقة فى ضرورة وجوب خصم غرامات التأخير قبل الاذن بصرف مستحقات المقاول ٠

مادة ٨٢ : **اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول** بالقيام باجراء هذا الاصلاح كان لرئيس الادارة المركزية أو رئيس

المصلحة المختص وعلى مسئوليته الحق فى اتخاذ أحد الاجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة :

(أ) فسخ العقد مع مصادرة التأمين النهائى المستحق وقت الفسخ والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرار ٠

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بطريق المناقصة العامة أو المناقصة المحلية أو الممارسة فى حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة ، وذلك مع مصادرة التأمين النهائى المستحق على المقاول وقت سحب العمل ، والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات وتعويضات واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة لسحب العمل ٠

ويكون لجهة الادارة الحق فى احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأى سبب كان أو دفع أى أجر عنها كما يكون لها الحق ايضا فى الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها ، ولها أن تبيعها دون أدنى مسئولية من جراء البيع ٠

مادة ٨٣ : يصرف للمقاول دفعات على الحساب تبعا لتقدم العمل على النحو الآتى :

(أ) ٨٠٪ من القيمة المقررة للأعمال التى تمت فعلا مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول ٠

(ب) ٦٠٪ من اقيمة المقررة للمواد التى وردها المقاول لاستعمالها فى العمل الدائم والتى يحتاجها العمل فعلا بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقا عليها وأن تكون مشونة بموقع العمل فى حالة جيدة بعد اجراء الجرد الفعلى اللازم وذلك من واقع فئات العقد ٠

(جـ) بعد تسلم الأعمال مؤقتا تقوم جهة الادارة بتحرير الكشوف الختامية بقيمة جميع الأعمال التى تمت فعلا ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التى سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه ٠

(د) عند تسلم الأعمال نهائيا بعد مدة الضمان وتقديم المقاول المحضر الرسمى الدال على ذلك يسوى الحساب النهائى ويدفع للمقاول باقى حسابه بما فى ذلك التأمين النهائى أو ما تبقى منه ٠

مادة ٨٤ : فى حالة سحب العمل كله أو بعضه من المقاول يحرر كشف بالأعمال التى تمت وبالآلات والأدوات التى استحضرت والمهمات التى لم تستعمل التى يكون قد وردها المقاول بمكان العمل ، ويحصل ذلك الجرد خلال شهر من تاريخ سحب العمل بمعرفة مندوب جهة الادارة وبحضور المقاول بعد اخطاره بكتاب موصى عليه بالحضور هو أو مندوبه ويثبت هذا الجرد بموجب محضر يوقعه كل من مندوب جهة الادارة ، والمقاول أو من ينوب عنه ٠ فاذا لم يحضر أو لم يرسل مندوبا عنه فيجرى الجرد فى غيابه ٠

وفى هذه الحالة يخطر المقاول بنتيجة الجرد ، فاذا لم يبد ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصوله اليه ، كان ذلك بمثابة اقرار منه بصحة البيانات الواردة فى محضر الجرد ، وجهة الادارة غير ملزمة بأخذ شىء من هذه المهمات الا بالقدر الذى يلزم لاتمام الأعمال فقط على شرط أن تكون صالحة للاستعمال ٠ أما ما يزيد على ذلك فيكلف المقاول بنقله من محل العمل ٠

مادة ٨٥ : على المقاول بمجرد اتمام العمل أن يخلى الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا وأن يمهده ، والا كان لجهة الادارة الحق بعد اخطاره بكتاب موصى عليه فى ازالة الأتربة على حسابه واخطاره كتابة بذلك ، ويخطر عندئذ بالموعد الذى حدد لاجراء المعاينة ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعاينة ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة

الذين يخطر المقاول بأسمائهم ، ويكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم احداها للمقاول ، وفى حالة عدم حضوره هو أو مندوبه فى الميعاد المحدد تتم المعاينة ويوقع المحضر من مندوبى جهة الادارة وحدهم . واذا تبين من المعاينة أن العمل قد تسلم على الوجه المطلوب اعتبر تاريخ اخطار المقاول لجهة الادارة باستعداده للتسليم المؤقت موعد انهاء العمل وبدء مدة الضمان . واذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل فيثبت هذا فى المحضر ويؤجل التسليم الى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط (هذا مع عدم الاخلال بمسئولية المقاول طبقا لأحكام القانون المدنى) وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان .

وبعد اتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول ـ اذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية مصلحة حكومية ـ ما زاد من قيمة التأمين النهائى على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التى تمت فعلا وتحتفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان واتمام التسليم النهائى .

مادة ٨٦ : يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت وذلك دون اخلال بمدة الضمان المنصوص عليها فى القانون المدنى ، والمقاول مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان . فاذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم باصلاحه على نفقته ، واذا قصر فى اجراء ذلك فلجهة الادارة أن تجريه على نفقته وتحت مسئوليته .

مادة ٨٧ : قبل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المقاول جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد للمعاينة .

ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسليمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من مندوبى جهة الادارة والمقاول أو مندوبه الرسمى تعطى للمقاول

صورة منه ، واذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يقم ببعض الالتزامات فيؤجل التسليم النهائى لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الاخلال بمسئوليته طبقا لأحكام القانون المدنى .

وعند تمام التسليم النهائى يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ويرد اليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه .

الفصل الثالث

شروط تنفيذ عقود التوريد

مادة ٨٨ : يلتزم المتعهد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها فى الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم ومطابقة لأمر التوريد وللمواصفات أو العينات المعتمدة ، ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يورده المتعهد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ، ويعطى عنه ايصالا مؤقتا مختوما بخاتم جهة الادارة موضحا به اليوم والساعة التى تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور اجراءات الفحص والاستلام النهائى • ويجب أن يتم ذلك الاخطار فى خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالى لصدور الايصال المؤقت • وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة اخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم •

ويعتبر قرار اللجنة بقبول أو رفض الأصناف نهائيا وذلك بمجرد اعتماده من السلطة المختصة بالاعتماد •

مادة ٨٩ : يلتزم المتعهد بأن يقدم فاتورة الأصناف الموردة من أصل وصورتين • وفى حالة قيامه بالتوريد بناء على طلب جهة الادارة الى جهة غير الجهة المتعاقد على التوريد اليها يجب أن ترافق الفواتير مستندات تثبت قيمة مصروفات النقل الاضافية حتى يمكن رد هذه المصروفات اليه •

مادة ٩٠ : اذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة ، يخطر المتعهد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بعلم

الوصول بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلها ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة فى ذات اليوم أو اليوم التالى على الأكثر ، ويلتزم المتعهد بسحب الاصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لاخطاره • فاذا تأخر فى سحبها فيكون لجهة الادارة الحق فى تحصيل مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه ولمدة أقصاها أربعة أسابيع • وبعد انتهاء هذه المدة يكون لجهة الادارة الحق فى أن تتخذ اجراءات بيعها فورا وأن تخصم من الثمن ما يكون مستحقا لها ويكون البيع وفقا لأحكام هذه اللائحة •

مادة ٩١ : يصرف ثمن الأصناف الموردة فى خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر تحسب من تاريخ اليوم التالى لاتمام اجراءات التحليل الكيمائى أو الفحص الفنى •

مادة ٩٢ : اذا تأخر المتعهد فى توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالعقد ـ ويدخل فى ذلك الاصناف المرفوضة ـ فيجوز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضيت المصلحة العامة ـ اعطاءه مهلة اضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة قدرها ١٪ عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التى يكون المتعهد قد تأخر فى توريدها بحد أقصى ٤٪ من قيمة الأصناف المذكورة •

وفى حالة عدم قيام المتهد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الاضافية فيكون لجهة الادارة أن تتخذ أحد الاجرائين التاليين وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل :

(أ) شراء الأصناف التى لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على حسابه سواء بالممارسة أو بمناقصات محلية أو عامة أو محدودة بنفس الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها •

ويخصم من التأمين المودع من المتعهد أو من مستحقاته لدى الجهة أو أية جهة ادارية أخرى قيمة الزيادة فى الثمن مضافا اليها مصروفات ادارية بواقع ١٠٪ من قيمة الأصناف المشتراه على حسابه وما يستحق من غرامة عن مدة التأخير فى التوريد ٠

أما اذا كان سعر شراء أى صنف يقل عن سعر المتعهد فلا يحق له المطالبة بالفرق ٠ وهذا لا يمنع من تحصيل قيمة غرامةامة التأخير المستحقة والمصروفات الادارية ٠

(ب) انهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف ومصادرة التأمين بما يوازى ١٠٪ من قيمتها والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرار دون حاجة للالتجاء الى القضاء مع اخطار المتعهد بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ٠

ولا يجوز للجهة الادارية شراء الأصناف التى ينتهى التعاقد بشأنها فى ذات السنة المالية التى يتم فيها انهاء التعاقد ٠

مادة ٩٣ : اذا تأخر المتعهد عن توريد أصناف تعاقد على توريدها الى ما بعد انتهاء السنة المالية المكلف بالتوريد فيها ، فانه يجب اخطاره بالغاء العقد عن الكمية الباقية وتطبيق أحكام البند (ب) من المادة (٩٢) ، ما لم تقرر الجهة الادارية غير ذلك ٠

الفصـــل الرابع

تسلم الأصناف

مادة ٩٤ : يلتزم مدير المخازن طبقا لأحكام العقد بمتابعة ورود الأصناف واستلامها واجراءات الفحص والتحليل وتسجيل الفواتير والمستندات المخزنية ومتابعة ارسال المستندات الى الحسابات لاتخاذ اجراءات الصرف وبمراعاة أحكام هذه اللائحة ٠

مــادة ٩٥ : يصــدر رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصــلحة المختص قرارا بتشكيل لجنة الفحص برئاسة مدير المخازن أو مسئول القسم المختص على أن تضم عضــوا فنيا أو أكثر وعضوا عن القسم المطلوبة له الأصناف ورئيس أمناء المخازن ٠

ويجب أن تجتمع اللجنة خلال خمسة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لوصول الأصناف ٠

مادة ٩٦ : يلتزم المتعهد على حســابه باحضار العمال اللازمين لفتح الطرود وتســليمها الى أمين المخزن أو لجنة الفحص بحضوره أو بحضور مندوبه فى الموعد المحدد ٠ وفى حالة تخلفه فيكون لمدير المخازن أو لجنة الفحص الحق فى اتخاذ وتصحيح الفاتورة اذا اقتضى الأمر ذلك دون أن يكون للمتعهد حق الاعتراض ٠

مادة ٩٧ : تقوم لجنة الفحص بفحص نســب مئوية مختلفة تحدد بمعرفتها وتحت مسئوليتها حسب أهمية الصنف وبحيث تكون العينة ممثلة للصنف ٠ وتعتبر اللجنة مسئولة عن مطابقته من جميع الوجوه للمواصفات وللعينة المختومة ، وتحرر محضرا على استمارة الفحص من صورتين تبين فيه النسب المئوية لمقادير الفحص التى فحصــتها وأسماء ومواصفات ومقادير الأصناف وأسباب التوصــية بالقبول أو الرفض ، ثم يقدم المحضر الى رئيس الادارة المركزيــة أو رئيس المصلحة المختص للتصرف ٠

وفى حالة اعتماد قبول الصنف ترفق نسخة من المحضر اخطار التوريد وفاتورة المتعهد والصورة الأولى من اذن تسلم الأصناف وتحفظ الصورة الأخرى مع صورة الفاتورة فى ملف خاص بادارة المخازن ٠

مادة ٩٨ : يكون الفصل فى الخلافات التى تنشأ بين المتعهدين ولجان الفحص أو بين أعضاء لجنة الفحص أنفسهم من سلطة رئيس الادارة المركزية المختص ، وله أن يسترشد فى ذلك برأى لجنة فحص أخرى أو الرجوع الى الجهة التابع لها المندوب الفنى ٠

مادة ٩٩ : عند ورود أصناف للمخازن من صفقات تزيد قيمتها على ألفى جنيه ويكون قد سبق ارسال عينات عنها عند تقديم العطاءات للمعمل الفنى الحكومى المختص أو تم التعاقد عليها على أساس شروط ومواصفات جهة الادارة ، فتؤخذ عينة منها وتقسم ان أمكن قسمتها الى قسمين ، والا فتختار عينتان من هذه الأصناف بحضور لجنة الفحص والمتعهد أو مندوبه ٠ أما العينة الأخرى فتختم بخاتم رئيس اللجنة ويوقعها عضوان من أعضائها ويعمل محضر توقعه لجنة الفحص والمتعهد أو مندوبه بأن هذه العينة مطابقة للعينة المحفوظة لدى رئيس لجنة الفحص ، ثم ترسل للمعمل الكيمائى بعد اعطائها رقما سريا مع ذكر رقم وتاريخ شهادة تحليل المعمل للعينة الأصلية للاسترشاد بها عند الفحص ، وترافق شهادة التحليل مستندات الصرف ٠

واذا رفضت الأصناف الموردة الموضوع عليها اسم جهة الادارة فيمحى اسم الجهة منها قبل ردها للمتعهد ٠

مادة ١٠٠ : بالنسبة للصفقات التى لا تزيد قيمتها على مائتى جنيها للصنف الواحد فى العقد الواحد فيمكن اجراء الفحص والاستلام بمعرفة مدير المخازن أو على مسئوليته وباعتماد رئيس المصلحة المختص ٠ على أنه بالنسبة للأصناف التى تشترى بطريق الاتفاق المباشر فانه يمكن عند الضرورة أن يتم استلامها وفحصها بمعرفة

مدير المخازن وعلى مسئوليته واعتماد رئيس المصلحة فيما لا تزيد قيمته على ١٠٠٠ جنيه ورئيس الادارة المركزية المختص لغاية ٢٠٠٠ جنيه وذلك بعد التحقق من مناسـبة الثمن ومطابقة الأصناف من حيث النوع والمواصفات للغرض المطلوبة من أجله ٠

مادة ١٠١ : يجب على الجهات التى تقوم بتحليل الأصناف الموردة أو بفحصها فنيا أن تبين فى تقارير التحليل أو الفحص ما أسفر عنه عملها مقارنا بما هو مدون بالشروط والمواصفات المتعاقد على أساسها وتلتـزم جهـة الادارة بالأخـذ دائمـا بهـذه النتـائـج ورفض الأصناف التى لا تطابق المواصفات أو العينات المتعاقد على أساسها ٠

على أنه يجوز قبول الأصناف غير المطابقة اذا كانت نسبة النقص أو المخالفة لا تزيد على ٢٠٪ عما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقد على أساسها بشرط أن تكون الحاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة وأن يكون السـعر بعد الخفض مناسـبا لمثيله فى السوق ٠

ويجب أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف للأغراض المطلوبة من أجلها وانه لن يترتب على قبولها ضرر بالجهة ، كما تحدد اللجنة مقدار الخفض فى الثمن المقابل للنقص أو المخالفة ٠

ويجوز للجنة الفحص الاستعانة بفنى أو أكثر من الجهات الفنية المختصة اذا رأت ضرورة لذلك ، ويراعى الآتى :

١ ــ الأصـناف التى تكون نسبة النقص فى مواصـفاتها لغاية ٣٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة ٠

٢ ــ الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من ٣٪ لغاية ١٠٪ يكون قبولها بخصـم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا اليها غرامة قدرها ٥٠٪ من هذا المقدار ٠

٣ ــ الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من ١٠٪ لغاية ٢٠٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا اليها غرامة مقدارها ١٠٠٪ من هذا المقدار ٠

علـى أن يكون القبول بموافقة لجنة البت وسـلطة الاعتماد ، وبشرط أن يقبل المورد كتابة هذا الخصم والا فيرفض الصنف وتطبق أحكام هذه اللائحة ٠

مادة ١٠٢ : الأصـناف التى تقدم بصفة « هبات » غير مقيدة بشرط يمكن قبولها بموافقة رئيس المصـلحة ويحرر عنها كشـف يعتمده ، بعد تقدير ثمنها بمعرفة لجنة ، وتضاف بحسـاب المخازن كالأصناف المشتراة على أن يبين الثمن المقدر لها فى خانة الملاحظات ويكتب أمامها فى خانة الثمن « بدون مقابل » ويتبع هذا أيضا فيما يختص بالأصناف الواردة بصفة عينات ٠

ويجب الرجوع الى الوزير المختص فيما يتعلق بالهبة المقيـدة بشروط وبالأوقاف والوصايا ٠

مادة ١٠٣ : عند ورود أصـناف مباشرة من الخارج تقـوم لجنة الفحص بمراجعتها على الوارد بالفاتورة بعد التأكد من سلامة الأختام والعلامات أو الصناديق الواردة بداخلها الأصناف ، ويحرر محضر فحص عن ذلك على الاستمارة الخاصة بذلك تثبت فيه ما قد تجده من نقص أو كسر أو تلف ، ثم يحرر عنه محضر خاص على الاستمارة ١٨٨ (حسابات) لاتخاذ الاجراءات اللازمة نحوه مع مراعاة المواعيد التى تحددها شركات التأمين فى حالة التأمين على البضاعة حفظا لحق الحكومة فى استيفاء قيمة التأمين والا التزم به المتسبب فى فـوات هذه المواعيد ٠

وتضاف الأصناف بالمخزن حسب الوارد بالفاتورة بغض النظر عما تجده اللجنة فيها من نقص أو كسر أو تلف ٠

على أن يخصم مقدار العجز أو التلف من العهدة بموجب الاستمارة (١١١ ع٠ ح) وتجرى التسويات الحسابية اللازمة وفقا للقواعد المالية المعمول بها ٠

وفى حالة تعذر فتح الصناديق واضافتها حسب الوارد بالفاتورة لأسباب اضطرارية يقرها كتابة رئيس المصلحة المختص يتبع الآتى:

١ - تضاف تلك الصناديق بأذون اضافية مؤقتة بالحالة التى هى عليها اجمالا بعهدة موظفين مسئولين بعد ختمها بخاتم مدير المخازن بطريقة تضمن سلامة الأختام حتى يعاد فتحها .

٢ - عند استخراج أذون الاضافة المؤقتة السابق الاشارة اليها ترافق صورة منها مستندات الصرف لامكان ازالة المبالغ السابق الخصم بها من الحساب المختص .

القسم الخامس

بيع المنقولات وتأجير المقاصف وغيرها

الفصل الأول
الأحكام العامة

مادة ١٠٤ : لا يجوز بيع الأصناف الجديدة الا للوزارات والمصالح ووحدات الادارة المحلية والهيئات العامة ٠

واستثناء من ذلك يجوز بيعها لغير هذه الجهات فى الأحوال الآتية :

١ ـ الأصناف التى يصرح ببيعها من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته ٠

٢ ـ العينات النموذجية التى تعدها جهة الادارة . على ألا تباع الا للذين يشترون أوراق العطاءات الخاصة بالأصناف المطلوب توريدها ٠

٣ ـ الملابس والتجهيزات العسكرية ولوازم أفراد القوات المسلحة والشرطة وفقا لأحكام اللوائح الخاصة وكذلك الأدوات التى يحتاجها العاملون فى الصحراء والحدود ٠

٤ ـ الأصناف المصرح لبعض الوحدات الادارية بشرائها بقصد بيعها للهيئات والأفراد ٠

٥ ـ الادوية الاسعافية والضرورية التى ترخص ببيعها وزارة الصحة لظروف خاصة ٠

٦ ـ الأمصال واللقاحات البيطرية والمواد البيولوجية الشخصية التى ترخص ببيعها وزارة الزراعة إلى الدول العربية والأجنبية ٠

٧ ـ الأصناف المعروضة بغرض البيع ببعض الوزارات والمصالح والورش ٠

٨ ـ الكتب وغيرها من المطبوعات والخرائط والنشرات المعدة للبيع ·

وفى هذه الحالات الاستثنائية يكون البيع بدون مزايدة فى الحدود التى نص عليها قانون وتنظيم المناقصات والمزايدات على أن يراعى الآتى :

(أ) تباع الأصناف فى الحالات الواردة بالبنود (١) الى (٥) بالسعر المقيدة به فى الدفاتر مع اضافة ١٠٪ مصروفات ادارية بالنسبة لما يباع منها الى الجهات المبينة فى هذه المادة ، ٢٠٪ بالنسبة لما يباع لغيرها ·

(ب) تباع الأصناف فى الحالات المشار اليها فى البنود (٦ ، ٧ ، ٨) بالسعر الذى تحدده لجان تثمين تشكلها الجهات البائعة لهذا الغرض على أن تبين الأسس التى استندت اليها فى تحديد السعر وأن يصدر بالسعر المحدد للبيع قرار من الوزير المختص ·

مادة ١٠٥ : يكون رئيس الادارة المركزية المختص مسئولا عن اتخاذ الاجراءات اللازمة وفقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيدات ولائحته التنفيذية لبيع الأصناف غير الصالحة للاستعمال أو التى يخشى عليها من التلف أو التى بطل استعمالها وكذا الأصناف الزائدة على الحاجة ، على أن يراعى فى اصدار الترخيص باتخاذ اجراءات البيع ضرورة وأهمية أن يتضمن ذلك الترخيص الأسباب التى ترتب عليها وجود مثل هذه الأصناف بالمخازن ، ويجب تحديد المسئولية اذا ما تركت مثل هذه الأصناف بالمخازن لمدة تزيد على سنة مالية وذلك تجنبا لوجود راكد على ن تعرض النتيجة فى هذه الحالة على الوزير المختص ·

مادة ١٠٦ : يشكل بقرار من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص لجنة من العاملين المختصين تقوم بتصنيف المهمات والأصناف المعروضة للبيع الى صفقات من مجموعات متجانسة ليتسنى لأكبر عدد ممكن من المتزايدين المنافسة فى الشراء ، واعطاء

مواصفات كافية لمنع أى تغيير يمكن أن يعمل فى تقسيم الصفقات أو تصنيفها واثبات هذه البيانات تفصيليا بمحضر يسلم الى رئيس لجنة التثمين .

ويجب أن يراعى فى تقسيم الأصناف الى مجموعات (عملية التلطيط) أن يكون حجم كل مجموعة (لوط) مناسبا بحيث يسمح باشتراك أكبر عدد من المتنافسين يحول دون قيام احتكارات .

مادة ١٠٧ : يصدر رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص قرارا بتشكيل لجنة التثمين برئاسة موظف مسئول وعضوية مدير المخازن أو من ينيبه عنه ومندوب من الحسابات وموظف فنى أو أكثر من الجهة ذاتها أو من جهات أخرى لها ارتباط وثيق بالأصناف المرغوب فى بيعها ، وأن يصحب اللجنة أمين المخازن لارشـادها الى الأصناف المراد بيعها دون أن يشترك فى عملية التثمين .

وعلى اللجنة أن تسترشد بأثمان البيع السابق وبحالة السوق مع مراعاة حالة الأصناف أو تكلفة الحصول عليها أو عمرها الاستعمالى والنسب المقررة لاهلاكها وغيرها من عناصر تقدير الثمن بما يكفل تحقيق المصلحة المالية للدولة .

ويعتبر هذا التقدير ثمنا أساسيا للبيع بعد اعتماده من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص .

ويجب مراعاة السرية التامة فيما يختص بالثمن الأساسى الذى تقدره اللجنة ، ويوضع تقريرها داخل مظروف مقفل مختوم بالشمع الأحمر بخاتم جهة الادارة مع توقيع رئيس اللجنة بجواره ومعه لجنة التصنيف ويسلم لرئيس لجنة البيع لفتحه بحضور لجنة البيع .

الفصل الثانى

طرق واجراءات التعاقد

مادة ١٠٨ : يعلن عن المزايدة العلنية العامة طبقا لذات الاجراءات والحدود التى يجرى بها الاعلان عن المناقصة العامة ، على أن يتضمن الاعلان البيانات والمواصفات عن الأصناف المعروضة للبيع ·

واذا كانت جهة الادارة متعاقدة مع متعهد لعملية البيع فانه يقوم باجراءات الاعلان على حسابه طبقا لشروط تعاقده مع جهة الادارة على ان يكون من المقيدين بسجل الخبراء المثمنين بوزارة التجارة وتقتصر مهمته على القيام بأعمال الدلالة ·

مادة ١٠٩ : يجب أن ينص فى الشروط الخاصة بالبيع على ما يأتى :

١ ــ يدفع المتزايدون قبل الدخول فى المزاد العلنى مبلغا معينا يقدره رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص حسب أهمية الصفقات المعروضة للبيع وذلك كتأمين مؤقت ·

٢ ــ يجب على من يرسو عليه المزاد أن يكمل التأمين المؤقت الى ٣٠٪ من ثمن الصفقة وذلك بمجرد رسو المزاد ·

٣ ــ يجب على من رسا عليه المزاد أداء باقى الثمن خلال عشرة أيام من تاريخ اخطاره برسو المزاد عليه ، ويجوز بموافقة رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص اعطاء مهلة اضافية قدرها عشرة أيام اذا كان ذلك فى صالح الخزانة · فاذا تأخر عن تلك المدة فيصادر الضمان المدفوع منه ويصبح العقد مفسوخا دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات قضائية ·

وتطرح الصفقة للبيع مرة ثانية وفقا لأحكام هذه اللائحة ·

٤ ــ اذا تأخر من رسا عليه المزاد فى تسلم الأصناف خلال عشرة أيام من تاريخ أدائه الثمن فيحصل منه مصروفات تخزين بواقع ٢٪

عن كل أسبوع تأخير وجزء من أسبوع • وفى نهاية الأسبوع الثالث من التأخير يحق لجهة الادارة أن تتخذ اجراءات بيع الأصناف لحسابه فى أقرب فرصة ممكنة • ويكون البيع وفقا لأحكام هذه اللائحة • وفى هذه الحالة يحاسب على النقص فى الثمن ومصروفات التخزين عن مدة بقاء الأصناف لحين الانتهاء من اجراءات بيعها ومصروفات ادارية بواقع ١٠٪ من ثمن البيع الجديد ولا يرد اليه أية زيادة تكون قد تحققت فى ثمن البيع •

٥ ـ ان الكميات المعروضة للبيع تحت العجز والزيادة حسب ما يسفر عنه التسليم الفعلى •

مادة ١١٠ : تعتمد قرارات وتوصيات لجنة البيع أو التأجير فى المزايدة العلنية العامة من ذات سلطات الاعتمادات المنصوص عنها بهذه اللائحة التنفيذية بالنسبة للمناقصات العامة •

وعلى لجنة البيع أن تذكر للمتزايدين وزن الصفقة أو عددها أو مقاسها وكذا مواصفاتها تفصيليا حسبما هو وارد بمحضر لجنة التصنيف كل صنف على حدة دون ذكر الثمن الأساسى ، ثم تحرر محضرا باجراءاتها تبين فيه قيمة التأمين المؤدى من كل من المتزايدين وما رد لأربابه ، ثم تدون مفردات البيع على الاستمارة المعدة لذلك وترافقها قسيمة التحصيل • ويجوز للسلطة المختصة بالاعتماد أن تفوض لجنة البيع فى التعاقد مباشرة •

مادة ١١١ : فى حالة اجراء البيع بطريق المظاريف المغلقة تطبق ذات القواعد والاجراءات والسلطات المنصوص عليها بهذه اللائحة بشأن الشراء بالمناقصات العامة •

مادة ١١٢ : يكون بيع الأصناف المسعرة جبريا بطريق المزايدة بمظاريف مغلقة ، ويذكر فى الاعلان أن البيع سيكون بالسعر الجبرى لصاحب العطاء الأول غير المقترن بتحفظات الذى يقدم عن الكمية كلها ، وأنه فى حالة عدم وجود عطاءات من هذا القبيل سيفضل العطاء المقدم عن أكبر كمية من الصنف ، ثم ما يليه من عطاءات

مرتبة ترتيبا تنازليا فيما يتعلق بالكمية المطلوب شراؤها وترتيبا زمنيا لوصول الطلبات المتحدة فى الكمية بحيث يفضل أقدمها تاريخا ، ويشترط أن تكون العطاءات مصحوبة بتأمين تحدد جهة الادارة نسبته من السعر الجبرى المقرر للصنف مع تحديد آخر ميعاد لقبول الطلبات ·

وبمجرد حلول هذا الميعاد تتولى لجنة المظاريف فتحها ثم تفرغ العطاءات وتعرض نتيجة التفريغ على لجنة البت فى العطاءات للبت فيها وفقا للقواعد الواردة فى اعلان النشر ·

أما ما لم تستطع جهة الادارة بيعه بالسعر الجبرى فتتخذ نحوه الاجراءات المقررة للبيع بالمزاد العلنى على أن يكون السعر الجبرى هو الحد الأقصى عند البيع بالمزاد ·

مادة ١١٣ : يكون البيع أو التأجير بطريق المزايدة فيما لا يزيد قيمته على ٤٠٠٠٠ جنيه (أربعين ألف جنيه) وتعتمد نتيجة المزايدة المحلية من رئيس المصلحة لغاية ٢٠٠٠٠ جنيه (عشرون ألف جنيه) ورئيس الادارة المركزية لغاية ٤٠٠٠٠ (أربعون ألف جنيه) ·

ويتبع بشأن المزايدة المحلية كافة القواعد الخاصة بالبيع بطريق المزايدة العلنية العامة فيما عدا الاعلان اذ يكتفى فى هذه الحالة بتوجيه الدعوة الى المتزايدين المحليين المقيدين بالسجل الخاص بجهة الادارة عن طريق خطابات بالبريد الموصى عليه بعلم الوصول ، على أن تتضمن الدعوة كافة البيانات اللازمة عن الأصناف المعدة للبيع والتاريخ المحدد لاجراء المزيدة ، على أن يكون الاخطار قبل التاريخ المحدد لاجراء المزاد بأسبوع واحد على الأقل يحسب من تاريخ اليوم التالى لتوجيه الاخطارات ·

مادة ١١٤ : تلغى المزايدة بقرار مسبب من سلطة الاعتماد المختصة فى الحالات المنصوص عنها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، ويجب على جهة الادارة فى حالة الغاء المزايدة أن تتبع

أحكام اجراءات بيع الأصناف من جديد سواء بالمزايدة أو الممارسة وفقا لأحكام هذه اللائحة وبمراعاة حالة السوق ٠

مادة ١١٥ : ترد التأمينات الابتدائية المؤداة من المتزايدين الذين لم يرس عليهم المزاد بعد سحب ايصالات التأمين المؤقت موقعة منهم بتسليم القيمة ٠

مادة ١١٦ : يكون التصرف بالبيع أو التأجير بطريق الممارسة وفقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من رئيس الادارة المختص ٠ وتسرى بشأنه ذات القواعد والاجراءات والسلطات التى تنظم الشراء بطريق الممارسة والمنصوص عنها بهذه اللائحة التنفيذية ٠ ويجب أن توجه الدعوة الى أكبر عدد من الممارسين المقيدين بسجلات الجهة الادارية ٠

مادة ١١٧ :يكون البيع بطريق الاتفاق المباشر للجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بشرط ألا يقل ثمن البيع عن السعر الأساسى الذى قدرته لجنة التثمين المنصوص عليها فى هذه اللائحة مضافا اليه ١٠٪ مصاريف ادارية ٠

كما يجوز عند الضرورة بترخيص من السلطة المختصة بالاعتماد التصرف بالبيع بطريق الاتفاق المباشر لغير تلك الجهات اذا لم تزد القيمة على ١٠٠٠ ج (ألف جنيه) بالنسبة للصفقة الواحدة فى الحالتين الآتيتين

(أ) الأصناف التى يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها ٠

(ب) حالات الاستعجال الطارئة غير المنظورة مما لا تحتمل وقت واجراءات المزايدة أو الممارسة ٠

ويشترط فى هذه الحالة ألا يقل ثمن البيع عن السعر الأساسى ٠

مادة ١١٨ : يكون تسليم الأصناف المبيعة بمعرفة لجنة يرأسها موظف مسئول يندبه رئيس المصلحة وعضوية أمين المخزن المختص وموظف يندبه مدير المخازن من غير أمناء المخازن ومندوب من

الحسابات ، وعلى اللجنة مراعاة أن يكون التسليم حسب التقسيم الذى أجرته لجنة التصنيف من حيث الكمية والمواصفات ومما أسفرت عنه قرارات البيع ٠

مادة ١١٩ : يجب على الجهة الادارية البائعة أن تبلغ مصلحة الضرائب بجميع ما يباع من منقولات لغير الوحدات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ويجب أن يتضمن التبليغ البيانات التالية :

١ـ اسم المشترى ثلاثيا وصفته وعنوانه بالكامل ٠

٢ ـ رقم البطاقة الشخصية أو العائلية وتاريخ اصدارها وجهته ٠

٣ ـ رقم السجل التجارى أو الصناعى أو المهنى الخاص بالمشترى ورقم بطاقته الضريبية ٠

٤ ـ قيمة المنقولات المبيعة ونوعها ٠

١٢٠ : يكون تأخير المقاصف وغيرها بطريق المزايدة فى حدود القواعد المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات وبهذه اللائحة التنفيذية بشأن المكان المطلوب تأجيره بمراعاة آخر قيمة ايجارية وايجار المثل وغيرها من العناصر المؤثرة ٠

ويجوز تأجير المقاصف الكائنة بالجهات الادارية للجمعيات التعاونية التى تضم العاملين بها اذا كان ذلك يدخل فى نشاطها بطريق الاتفاق المباشر وبترخيص واعتماد السلطة المختصة اذا لم تزد القيمة على ١٠٠٠ ج (ألف جنيه) فى السنة ٠

ويجب فى جميع الحالات ألا تجاوز مدة التأجير ثلاث سنوات يعاد بعدها النظر فى القيمة الإيجارية بمعرفة اللجنة المختصة ، وتتخذ اجراءات التعاقد من جديد فى حدود أحكام هذه اللائحة ٠

رابعا ـ مشروع تقنين عقود الادارة[1]

(بعد الديباجة)

قرر القانون الآتى :

مادة ١ ـ يعمل بالقانون المرافق بشأن عقود الادارة ٠

مادة ٢ ـ تسرى أحكام هذا القانون على الوزارات والمصالح الحكومية ٠

كما تسرى على المؤسسات العامة والمجالس المحلية فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى نظمها ٠

مادة ٣ ـ تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار من رئيس الجمهورية ٠

مادة ٤ ـ ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من ٠٠٠ ويلغى كل حكم يخالف أحكامه ٠

---

(١) أعدته اللجنة المشكلة من :

١ ـ الأستاذ عادل عزيز زخارى ـ المستشار بمجلس الدولة ٠
٢ ـ الدكتور سليمان الطماوى ـ الأستاذ بكلية الحقوق ٠
٣ ـ الأستاذ محمود الشربينى ـ المستشار بمجلس الدولة ٠

ووافقت عليه اللجنة العامة للتشريعات الادارية ٠ وبالرغم من أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ قد أخذ بكثير من الأحكام التى وردت فى المشروع ، فان كثيرا من الأحكام الموضوعية لم ترد فى القانون المشار اليه ٠ ولهذا فاننا نورد المشروع كما أقرته اللجنة ، لأنه يجسد النظرية العامة فى العقود الادارية ٠

الباب الأول
وسائل تعاقد الادارة

الفصل الأول
التعاقد عن طريق المناقصات

ماة ١ ـ تبرم العقود الآتية عن طريق المناقصات :

(أ) عقود الأشغال العامة •

(ب) عقود توريد وشراء المواد والأدوات •

(جـ) عقود النقل •

(د) العقود المتعلقة بصناعة المنقولات •

على أنه فى الحالات التى يحظر فيها التعامل مع غير شركات القطاع العام يكون التعاقد عن طريق الممارسة ، الا اذا تعددت فيكون التعاقد عن طريق المناقصة المحدودة وذلك مع عدم الاخلال بأحكام الفصل الثالث[١] •

مادة ٢ ـ المناقصات اما أن تكون عامة أو محدودة أو محلية[٢] •

مادة ٣ ـ تخضع المناقصات العامة لمبادىء العلانية فى الاجراءات والمساواة وحرية المنافسة للمتناقصين[٣] •

مادة ٤ ـ تسرى على المناقصة المحدودة أحكام المناقصة العامة بصفة مطلقة مع قصر الاشتراك فيها على أشخاص أو مؤسسات معتمدة أسماؤها فى كشوف وسجلات تقررها الجهة الادارية المختصة وفقا لما تنص عليه اللائحة التنفيذية وذلك بعد التحرى عنها لتفوقها وكفايتها فى النواحى المالية والفنية وتمتعها بحسن السمعة • وتبرم

---

(١) أصلها المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الخاص بالمناقصات والمزايدات والفقرة الأخيرة مستحدثة •

(٢) أصلها المادة الأولى من لائحة المناقصات والمزايدات •

(٣) أصلها المبادىء العامة فى العقود الادارية •

بهذه الطريقة العقود التى يكون من الخطورة اخضاعها لقاعدة المنافسة المطلقة لطبيعتها الخاصة أو لظروف ابرامها[١] ٠

مادة ٥ — تسرى على المناقصة المحلية — فيما عدا ما تنص عليه اللائحة التنفيذية — قواعد المناقصة المحدودة مع قصر الاشتراك فيها على مؤسسات أو أشخاص محليين مقيدين فى السجل التجارى ٠

وتبرم بهذه الطريقة — عند الضرورة — العقود التى لا تزيد قيمتها عى خمسة آلاف جنية[٢] ٠

مادة ٦ — يجوز فى الأحوال التى يحددها القانون أو عند الضرورة أن يتم التعاقد بدون مناقصات فى الحدود والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية[٣] ٠

مادة ٧ — تضع الجهة الادارية المختصة المواصفات والشروط المتعلقة بالعقد المزمع ابرامه ، ولها أن تستعين بالجهات الفنية التابعة لجهات ادارية أخري ، ومع ذلك يجوز للجهة الادارية أن تلجأ الى الفنيين أو الى الجهات الفينة الخاصة للاستعانة بها فى وضع الشروط والمواصفات[٤] ٠

مادة ٨ — تبين اللائحة التنفيذية وسائل ومدد الاعلان عن المناقصات ، على أنه فى حالات المناقصات المحددة يجب علاوة على ذلك اخطار المدرجة أسماؤهم فى السجلات الادارية بكتب مسجلة مصحوبة بعلم وصول[٥] ٠

مادة ٩ — تعد كل جهة ادارية قائمة تضمنها آسماء الممنوعين من الاشتراك فى المناقصات التى تجريها سواء أكان المنع بنصوص خاصة

(١) أصلها المادة الثالثة من لائحة المناقصات والمزايدات ٠
(٢) أصلها المادة الرابعة من لائحة المزايدات والمناقصات ٠
(٣) أصلها المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه ٠
(٤) هذه المادة مستحدثة ٠
(٥) أصلها المادة ١٣ من القانون رقم ٢٣٦ من السنة ١٩٥٤ المشار اليه ٠

فى القـوانين أم لسبق صدور قرارات ادارية بالمنع للأسباب المبينة باللائحة التنفيذية[١] .

مادة ١٠ - للجهـة الادارية المختصـة أن تضمن دفتر الشروط العامة أحوال الحرمان من الاشتراك فى المناقصة لأسـباب ترجع الى الجنسية أو الكفاية الفنية أو المقدرة المالية أو النظام العام[٢] .

مادة ١١ - تبين اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها فى مقـدمى العـروض والأحكام التى يتعين عليهم اتباعها عند اعـداد عروضهم[٣] .

مادة ١٢ - يكون مقدم العرض ملتزما به من وقت تصـديره الى الجهة الادارية المختصـة ولا يجوز لمقدمه سحبه أو تعديله ، ويبقى نافذ المفعول للمدة المتفق عليها بين الطرفين . ومـع ذلك فلمقدم العرض أن يعدل فيه بما يجعله أفضل من الناحية المالية بشرط أن يصل التعديل كتابة الى الجهة الادارية المختصة قبل موعد جلسة فتح المظاريف[٤] .

مادة ١٣ - يكون ارساء المناقصة على صـاحب أفضل عرض من الناحية المالية ، ومع ذلك يجوز فى العقود ذات الطابع الفنى الخاص أو التى يترك فيها للمتقدمين بعض الحـرية فى تحـديد أو تعديل المشروع أو المواصفات التى وضعتها الادارة أن يكون ارساء المناقصة على أساس الموازنة بين السعر والاعتبارات الفنية للعينة أو الأنموذج أو المشروع . ويبين دفتر الشروط أسس هذه الموازنة[٥] .

مادة ١٤ - تتولى فحص العروض لجنتان : تقوم أحـداهما بفتح المظاريف وفحص العروض وتقوم الثانية بالبت فيها . وتبين اللائحة التنفيذية طريقة تشـكيل كل من هاتين اللجنتين ، على أن يشترك

(١) هذا النص مستحدث .
(٢) هذا النص مستحدث .
(٣) أصلها المواد من ٣٤ الى ٣٦ من لائحة المناقصات والمزايدات .
(٤) أصلها المادة ٣٩ من لائحة المناقصات والمزايدات .
(٥) أصلها المادة السادسـة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

فى عضوية لجنة البت أحد أعضاء مجلس الدولة وممثل لوزارة الخزانة متى زادت قيمة العقد على المبلغ الذى تعينة اللائحة التنفيذية . ولا يكون انعقاد لجنة البت صحيحا الا بحضور العضوين المشار اليهما فى الحدود المقررة[١] .

مادة ١٥ — تتولى لجنة فتح المظاريف فى جلسة علنية تفريغ العروض فى كشوف خاصة بالطريقة التى تبينها اللائحة التنفيذية .

وتستبعد هذه اللجنة العروض المقدمة من الأشخاص المدرجة أسماؤهم فى قائمة الممنوعين من الاشتراك فى المناقصات .

وتقدم العروض الى لجنة البت مشفوعة بملاحظات رئيس المصلحة أو الفرع المختص ، ويجب أن تتضمن هذه الملاحظات ابداء الرأى فى أصحاب العروض من حيث كفايتهم المادية والفنية وحسن السمعة . واذا رأى رئيس المصلحة أو الفرع المختص استبعاد عرض أو أكثر فيجب أن يكون رأيه مسببا ، كما يجب أن يكون قرار اللجنة بالاستبعاد مسببا اذا كان العرض المستبعد هو أقل عرض[٢] .

مادة ١٦ — تتولى لجنة البت :

(أ) التأكد من مطابقة كشوف التفريغ للعروض ذاتها ، وعليها أن تفحص العينات أو النماذج أو المشروعات والأسعار وتقارنها بعضها ببعض .

(ب) استبعاد غير المرغوب فيهم لأسباب تتعلق بالصالح العام أو حسن تنفيذ العقد .

(ج) استبعاد العروض غير المستوفاة للشروط المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية أو فى دفتر الشروط العامة .

(د) تعيين صاحب أفضل عرض .

ويكون قرار اللجنة فى الحالات الثلاث الأخيرة مسببا[٣] .

---

(١) أصلها المادة الثانية من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليها .
(٢) أصلها المواد ٥٨ و ٦٠ و ٦١ من لائحة المناقصات والمزايدات .
(٣) أصلها المادة ٦٧ من لائحة المناقصات والمزايدات .

مادة ١٧ ـ اذا تساوى عرضان أو أكثر فضل العرض المقدم من وطنى عن العرض المقدم من أجنبى ، وتفضل المنتجات الوطنية على مثيلاتها الأجنبية ، وتبين اللائحة التنفيذية حدود هذه المفاضلة ·
واذا تساوى عرض احدى شركات القطاع العام مع عرض آخر فضلت شركة القطاع العام ·

ويكون التفضيل بين شركات القطاع العام عند تساوى العروض بحسب نسبة مساهمة الحكومة أو المؤسسة العامة فيها بحيث تفضل الشركة التى تكون نسبة المساهمة فيها أكبر · وفى حالة تعذر المفاضلة وفقا للقواعد السابقة ، يجوز تجزئة المقادير أو المشروع بين مقدمى العروض المتساوية اذا كان ذلك فى صالح العمل ·

مادة ١٨ ـ لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول فى مفاوضة مع أحد مقدمى العروض فى شأن تعديل عرضة · ومع ذلك اذا كان العرض الأقل مقترنا بتحفظ أو تحفظات وكان أقل عرض غير المقترن بشىء من ذلك تزيد قيمته الرقمية كثيرا عن العرض المقترن بتحفظات جاز التفاوض مع مقدم أقل عرض مقترن بتحفظات لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عرضه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان ، وبما لا يدع مجالا للشك فى أنه أصلح من العرض غير المقترن بأى تحفظ ، فاذا رفض فيجوز التفاوض مع من يليه بحيث لا تجرى مفاوضة فى التعديل مع صاحب عرض الا اذا رفض هذا التعديل جميع مقدمى العروض الأقل منه ·
واذا كانت العروض كلها مقترنة بتحفظات ، فيجوز التفاوض مع صاحب أقل عرض لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عرضه متفقا مع شروط المناصة بقدر الامكان[1] ·

ولا تجرى المفاوضة الا بناء على قرار رئيس الجهة الادارية المختصة بعد موافقة لجنة البت ، وتكون اللجنة فى هذه الحالة برياسة وكيل الوزارة المختص[2] .

---

(١) أصلها المادة ٧ من لائحة المناقصات والمزايدات ·
(٢) أصلها المادتان ٤ و ٥ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه ·

مادة ١٩ ـ اذا تضمنت المناقصة عروضا تخييرية أو أكثر من طريقة للتنفيذ فيجب عند المفاضلة بينها مراعاة جملة الأسعار عن كل عرض ، ثم تجرى المفاوضة للنزول بالعرض الذى استقر عليه رأى الجهة الادارية المختصة الى أقل سعر فى العروض غير المستبعدة ، فاذا رفض فيجرى التفاوض مع من يليه وذلك الا اذا أعلنت الجهة الادارية المختصة قبل فتح المظاريف الطريقة التى ستختارها فى التنفيذ[١] .

مادة ٢٠ ـ يجوز بقرار مسبب من رئيس الجهة الادارية المختصة بعد أخذ رأى لجنة البت الغاء المناقصة واعادة طرحها فى أحدى الحالات الآتية :

(أ) اذا قدم عرض واحد أو لم يبق بعد العروض المستبعدة الا عرض واحد .

(ب) اذا اقترنت العروض كلها أو أكثرها بتحفظات .

(ج) اذا كانت قيمة العرض الأقل تزيد على القيمة بالسوق[٢] .

مادة ٢١ ـ فى الحالات المنصوص عليها فى البندين أ ، ب من المادة السابقة اذا لم يبق سوى عرض واحد ورأى رئيس الجهة الادارية المختصة ألا فائدة ترجى من اعادة المناقصة وأن العرض الواحد المقدم مناسب ومطابق للشروط ، وأن حاجة العمل لا تسمح باعادة المناقصة ، جاز له بعد موافقة لجنة البت قبول ذلك العرض متى كانت قيمته لا تجاوز الحدود المبينة فى اللائحة التنفيذية[٣] .

مادة ٢٢ ـ تلغى المناقصة بقرار مسبب من رئيس الجهة الادارية المختصة بعد النشر عنها وقبل التعاقد اذا استغنى عنها نهائيا[٤] .

مادة ٢٣ ـ اذا لم يستغن عن المناقصة أو لم تلغ لسبب من الأسباب المبينة بالمادة ٢٠ فيجب التعاقد مع من تعينه لجنة البت وفقا للأحكام السابقة[٥] .

(١) هذا النص مستحدث .
(٢) أصلها المادة ٢ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ .
(٣) أصلها المادة ٦٩ من لائحة المناقصات والمزايدات .
(٤) أصلها المادة ٧ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .
(٥) هذا النص مستحدث .

الفصل الثانى

التعاقد عن طريق المزايدات العامة

مادة ٢٤ ـ تبرم العقود الآتية عن طريق المزايدات العامة :

(أ) التصرف بمقابل فى أموال الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى .

(ب) الترخيص فى استغلال أموال الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى ، وذلك كله فى غير ا حوال التى يحددها القانون[1] .

مادة ٢٥ ـ تخضع المزايدات العامة للمبادىء التى تحكم المناقصات العامة المنصوص عليها فى المادة ٢ وكذلك الأحكام التى تبينها اللائحة التنفيذية[2] .

مادة ٢٦ ـ اذا كانت الأصناف المرغوب فى بيعها مسعرة أو محددة الربح فلا يلجأ الى طريقة البيع بالمزايدة العامة الا اذا لم تستطيع الحكومة بيعها بالسعر المقرر ، على أن يتم البيع فى حدود هذا السعر .

وتبين اللائحة التنفيذية اجراءات بيع مثل هذه الأصناف بغير طريق المزايدة[3] .

مادة ٢٧ ـ تتولى اجراء المزايدة والبت فى نتيجتها ـ اذا تمت بغير طريق المظاريف ـ لجنة تشكل بالطريقة المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية . أما اذا تمت بطريق المظاريف فتتبع فى هذا الشأن اجراءات المناقصة العامة[4] .

---

(١) أصلها المادة ١٢ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .
(٢) أصلها المادة ١٢ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .
(٣) أصلها المادة ١٤٩ من لائحة المناقصات والمزايدات .
(٤) أصلها المادة ١٥١ من لائحة المناقصات والمزايدات .

مادة ٢٨ — يكون ارساء المزايدة على من يقدم أكبر عرض من الناحية المالية مستوف للشروط ، ومع ذلك فاذا كانت جميع العروض مقترنة بتحفظات ، جاز ارساء المزايدة على صاحب أفضل عرض طبقا للأحكام الواردة بالمادة ١٨[١] .

مادة ٢٩ — اذا تساوى عرضان أو أكثر كان التفضيل بين المتزايدين وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١٧[٢] .

مادة ٣٠ — يجوز الغاء المزايدة واعادة اجرائها فى الحالات الآتية :

(أ) اذا لم تقدم فى المزايدة ثلاثة عروض مستوفية للشروط .

(ب) اذا لم تصل نتيجة المزايدة الى الثمن الأساسى المعلن عنه ، وفى هذه الحالة يجوز خفض الثمن الأساسى فى المزايدة الجديدة بنسبة مئوية لا تجاوز ١٠٪ ، فاذا لم تصل نتيجة المزايدة الجديدة الى الحد المخفض فتتبع القواعد المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية .

(جـ) اذا كانت قيمة العرض الأفضل تقل عن القيمة بالسوق .

مادة ٣١ — تلغى المزايدة بقرار مسبب من رئيس الجهة الادارية المختصة بعد النشر عنها وقبل التعاقد اذا استغنى عنها نهائيا[٣] .

---

(١) هذا النص مستحدث .

(٢) أصلها المادة ١١ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٣) أصلها المادة ٧ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه والمادة ١٤٢ من لائحة المناقصات والمزايدات .

الفصل الثالث

فى التعاقد بطريق الممارسة

مادة ٣٢ ــ يجوز التعاقد بطريق الممارسة فى جميع الحالات التى لا يستلزم القانون فيها اتباع طريق المناقصة أو المزايدة[1] ٠

مادة ٣٣ ــ يجوز بقرار من الجهة الادارية المختصة ابرام العقود المشار اليها فى المادة الأولى عن طريق الممارسة فى الحالات الآتية :

١ ــ لأعمال المطلوب القيام بهـا والمواد المطلوب توريدها على سبيل التجربة أو الاختبار ٠

٢ ــ الأعمال الفنية المرغوب اجراؤها بمعرفة فنيين أو اخصائيين معينين ٠

٤ ــ الحيوانات والطيور والدواجن على اختلاف أنواعها المطلوبة لأغراض غير التغذية ٠

٥ ــ المهمات والبضائع التى تقضى طبيعتها أو الغرض المرغوب الحصول عليها من أجله بأن يكـون اخيبـارها وشراؤها من أماكن انتاجها ٠

٦ ــ العقود التى لم تقدم بشأنها عـروض فى المناقصات ، أو قدمت عنها عروض بأسعار غير مقبولة وكانت الحاجة اليها لا تسمح باعادة طهرحها فى المناقصة ٠

٧ ــ العقود التى تكون قيمتها من الضآلة بحيث لا تبرر نفقات واجراءات المناقصة[2] ٠

---

(١) أصلها المادة ٨ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه ٠

(٢) أصلها المادة ٨ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه بالمادة ١١٩ من لائحة المناقصات والمزايدات ٠

مادة ٣٤ — يجوز بقرار من الجهة الادارية المختصة أن تبرم بطريق الممارسة العقود الواجب ابرامها بطريق المزايدة فى الحالات الآتية :

(أ) حالة الضرورة والاستعجال .

(ب) اذا كانت قيمة العقد من الضآلة بحيث لا تبرر نفقات واجراءات المزايدة .

(ب) اذا ثبت ألا فائدة ترجى من اعادة المزايدة بشرط ألا يقل الثمن الذى يتفق عليه فى الممارسة عن الثمن الذى أدت اليه المزايدة الأولى[1] .

مادة ٣٥ — يجوز اجراء الممارسة باحدى الطرق الآتية وفقا لأهمية العقد ونوعه ، وذلك طبقا للائحة التنفيذية .

(أ) الممارسة عن طريق تقديم العروض ، وتتم على أساس اجراءات المناقصة العامة من حيث العلانية والمنافسة .

(ب) الممارسة المقصورة على الفنيين أو المتخصصين فى الأعمال المطلوب القيام بها . وذلك وفقا لقواعد عامة تحددها الجهة الادارية المختصة مقدما .

وفى الحالات المنصوص عليها فى البندين السابقين تحتفظ الجهة الادارية المختصة بحرية اختيار المتعاقد معها دون التقيد بترتيب العروض على أن تسبب قرارها فى حالة عدم اختيار صاحب العرض الأفضل سعرا .

(ج) التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر[2] .

---

(١) هذه المادة مستحدثة .

(٢) هذه المادة مستحدثة .

مادة ٣٦ - يجب قبل صدور قرار الجهة الادارية المختصة بابرام العقد أن تتولى الممارسة لجنة تشكل وفقا لما تبينه للائحة التنفيذية على أن يشترك فى عضـويتها مندوب عن وزارة الخزانة فيما تزيد قيمتة على خمسة آلاف جنية ويكون قرار هذه اللجنة مسببا ٠

ويجوز للجهة الادارية المختصة بابرام العقد أن تفوض اللجنة المذكورة فى التعاقد مباشرة دون الرجوع اليها ان وجدت مبررات لذلك ٠

وفى حالة اجراء الممارسة خارج الجمهورية تترك طريقة تشكيل اللجنة لتقدير الوزير المختص[١] ٠

(١) أصلها المادة ٨ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه ٠

الفصل الرابع

أحكام عامة

مادة ٣٧ ـ لا يجوز ابرام عقد دون أخذ رأى مجلس الدولة فيما يجب فيه أخذ الرأى ، الا اذا أبرم العقد على أساس شروط أخذ فيها رأى المجلس اذا كانت هذه الشروط لم يحصل فيها أى تعديل[1] .

مادة ٣٨ ـ تحظر الوساطة فى التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للدولة أو الأشخاص العامة وحدها ، ويستبعد كل عقد من هذا النوع يتم عن طريق وسيط . ولا يعتبر وسيطا الوكيل المعتمد فى الجمهورية العربية المتحدة للتعاقد الذى يكون مركزه فى الخارج .

ويستثنى من هذا الحظر شركات القطاع العام المتخصصة فى الاستيراد[2] .

مادة ٣٩ ـ تبين اللائحة التنفيذية الأشخاص المتخصصين بأبرام عقود الادارة[3] .

مادة ٤٠ ـ يجوز عند الاقتضاء لأية جهة ادارية أن تتولى بالنيابة عن جهة ادارية أخرى ووفقا للأحكام المتقدمة مباشرة اجراءات التعاقد بطريق المناقصة أو الممارسة بحسب الأحوال وكذلك ابرام العقد[4] .

مادة ٤١ ـ اذا تضمن المشروع عدة أعمال يستلزم القانون اجراء بعضها عن طريق المناقصة أو المزايدة ، وتجيز اجراء بعضها الآخر عن طريق الممارسة ولم يكن من الممكن تجزئة تلك الأعمال وجب ابرام العقد بشأنها جميعها بالطريق المقرر للعمل الأساسى .

ويحدد المختص بابرام العقد ما يعتبر أساسيا[5] .

---

(١) أصلها المادة ١٠ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ .

(٢) أصلها المادة ٩ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٣) أصلها المواد ٦٧ و ٧١ و ١١٤ و ١١٥ و ١١٨ و ١٥٢ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٤) أصلها المادة ١٢ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٥) هذا النص مستحدث .

الباب الثانى
تنفيذ العقود الادارية

مادة ٤٢ ـ تسرى الأحكام الواردة فى هذا الباب على العقود الادارية دون غيرها من العقود التى تبرمها الادارة[١] .

مادة ٤٣ ـ يراعى فى تفسير العقد الادارى استهدافه تحقيق المصلحة وحسن سير المرفق بانتظام واطراد[٢] .

مادة ٤٤ ـ للجهة الادارية المختصة سلطة الاشراف والرقابة فى تنفيذ العقد لضمان حسن قيام المتعاقد بتفيذ التزاماته[٣] .

مادة ٤٥ ـ فيما عدا الشروط المالية المتفق عليها ، للجهة الادارية أن تعدل بارادتها المنفردة شروط العقد أثناء تنفيذه ، بما يتفق مع مقتضيات الصالح العام وحسن أداء الغرض الذى أبرم العقد من أجله ، بشرط أن تكون الأعباء الجديدة على عاتق المتعاقد مع الادارة فى الحدود الطبعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها ولا تخرج عن موضوع العقد أو تغير من طبيعته[٤] .

مادة ٤٦ ـ للجهة الادارية فى حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته أن توقع من تلقاء نفسها دون التجاء الى القضاء الجزاء المناسب من بين الجزاءات الآتية ولو لم يكن منصوصا عليه فى العقد :

(أ) الغرامة ومصادرة التأمين بالشروط والأوضاع التى تحددها اللائحة التنفيذية .

(ب) التنفيذ على حساب المتعاقد وفقا لما تنص عليه اللائحة التنفيذاية .

---

(١) هذه المادة مستحدثة .
(٢) هذه المادة مستحدثة ومستقاه من أحكام القضاء الادارى .
(٣) هذه المادة مستحدثة .
(٤) أصلها المادة ٨٧ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(جـ) الغاء العقد اذا كان اخلال المتعاقد اخلالا جسيما[١] ٠

مادة ٤٧ ــ فيما عــدا غرامة التأخير لا يجوز توقيع الجزاء على المتعاقد قبل اعذاره بمدة كافية للقيــام بتنفيــذ التزامة أو برفع المخالفة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك ٠

ومع ذلك يجوز للجهة الادارية توقيع الجزاء دون حاجة الى أعذار اذا كانت هناك ضرورة لتنفيذ العقد فى موعده أو اذا كانت هناك خطورة فى استمرار قيام المخالفة[٢] ٠

مادة ٤٨ ــ توقع الجهة الادارية الجزاءات المالية المنصوص عليها فى البند (أ) من المادة ٤٦ ولو لم يثبت وقوع ضرر[٣] ٠

مادة ٤٩ ــ لا يجوز للجهة الادارية أن تســتعمل سلطة الضبط الادارى وما تستتبعه من عقوبات جزائية ضد المتعاقد بقصد اجباره على تنفيذ التزاماته ٠

ومع ذلك يخضــع المتعــاقد كغيرة من الأفــراد للوائح الضبط الادارى[٤] ٠

مادة ٥٠ ــ تخضع الجهة الادارية لرقابة القضــاء الادارى فيما توقعه من جزاءات على المتعاقد معها ٠

وللمتعاقد حق المطالبة بتعويض عادل فى جميع الأحوال التى يثبت فيها عدم وقوع خطأ من جانبه يبرر الاجراء الذى اتخــذته الجهة الادارية ضده[٥] ٠

مادة ٥١ ــ لا يجوز الحكم بغرامات تهديدية ضد الجهة الادارية بقصد اجبارها على الوفاء بالتزاماتها[٦] ٠

---

(١) هذه المادة مستحدثة من أحكام القضاء الادارى ٠
(٢) هذه المادة مستحدثة ٠
(٣) هذا النص مستحدث ٠
(٤) هذا النص مستحدث ٠
(٥) هذا النص مستحدث ٠
(٦) هذا النص مستحدث ٠

مادة ٥٢ ـ على المتعاقد نفسه تنفيذ العقد ، ولا يجوز له أن ينزل عنه كله أو بعضه أو أن ينيب عنه غيره فى تنفيذه كله أو بعضه بغير تصريح يصدر من الجهة الادارية بعد موافقة لجنة البت أو الممارسة .

وفى حالة التصريح للمتعاقد الأصلى بالنزول عن العقد كله أو بعضه يبقى المتعاقد الأصلى ضامنا تنفيذ المتنازل اليه الالتزاماته بالتضامن معه فى ذلك .

وتعتبر الانابة فى حكم النزول عنه(١) .

مادة ٥٣ ـ فى حالة وفاة المتعاقد يجوز لورثته الاستمرار فى تنفيذ العقد ما لم تر الجهة الادارية انهاء العقد لعدم توافر الضمانات الفنية أو المالية الكافية لدى الورثة . واذا كان المتعاقد مع الجهة الادارية شركة انتهى العقد بقوة القانون فى حالة حلها مع مراعاة أحكام القانون الخاص فى هذا الشأن(٢) .

مادة ٥٤ ـ لا يجوز للمتعاقد أن يقف تنفيذ العقد بحجة عدم وفاء الجهة الادارية بالتزاماتها ما لم يؤد ذلك الى استحالة التنفيذ(٣) .

مادة ٥٥ ـ على المتعاقد أن ينفذ بدقة التزاماته المقررة فى العقد أو المفروضة بأوامر صريحة من الجهة الادارية استعمالا لحقها فى تعديل أحكام العقد ، ولا يكون له الحق فى طلب تعويض عما يقوم به متجاوزا تلك الالتزامات ما لم يكن ذلك التجاوز ضروريا فيكون له الحق فى تعويض كامل . كما تلتزم الجهة الادارية بتعويضه عما ينفذه من التزامات زيادة على الالتزامات المفروضة عليه اذا كانت الزيادة مفيدة لحسن تنفيذ العقد . ويقدر التعويض فى هذه الحالة بما عاد على الجهة الادارية من فائدة(٤) .

مادة ٥٦ ـ لا توقع على المتعاقد الغرامة المنصوص عليها فى العقد

---

(١) أصلها المادة ٨٣ من لائحة المناقصات والمزايدات .
(٢) أصلها المادة ٨٦ من لائحة المناقصات والمزايدات .
(٣) هذا النص مستحدث .
(٤) أصلها المادة ٨٨ من لائحة المناقصات والمزايدات .

بســبب عدم تنفيذ التزاماته فى المواعيد المقررة اذا لم يكن التأخير راجعا الى خطأ المتعاقد[١] .

مادة ٥٧ ــ للمتعاقد الحق فى تعويض كامل بسبب التعديلات التى تجريها الجهة الادارية فى التزاماته ما لم يكن مرجع تلك التعديلات الى خطأ المتعاقد[٢] .

مادة ٥٨ ــ للمتعــاقد الحــق فى طلب فســخ العقــد اذا كانت التعديلات التى أجرتها الجهة الادارية من الجسامة بحيث تفوق مقدرته المالية أو الفنية وقت فرض التعديل . ويكون له فى هذه الحالة الحق فى تعويض كامل بسبب انهاء العقد .

ومع ذلك يجوز استثناء للمتعاقد طلب الغاء التعديل مع استمراره فى تنفيذ عقده اذا كان من الممكن جعل التعديل المفروض موضوع عقد مستقل عن لعقد الأصلى دون اضرار بالصالح العام[٣] .

مادة ٥٩ ــ يعفى المدين من تنفيذ التزامــه اذا كان ذلك راجعا الى قوة قاهرة[٤] .

مادة ٦٠ ــ اذا طرأت ظروف غير متوقعة لا يمكن دفعها وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا دون أن يصبح مستحيلا كان للمدين الحق فى تعويض عادل .

واذا استمر قيام هذه الظروف ولم يعد يرجى زوالها جاز انهاء العقد[٥] .

مادة ٦١ ــ اذا صدر بعد ابرام العقد وحتى تمام تنفيذه تشريع أو اجراء ادارى غير متوقع وأصاب المتعاقد منه ضرر خاص كان له الحق فى تعويض كامل عن هــذا الضرر ، واذا نتج عن التشريع أو الاجراء انقلاب فى اقتصاديات العقد دون أن يكون الضرر خاصا بالمتعاقد كان له الحق فى تعويض عادل وفقا للحــكم المنصــوص عليه فى المادة السابقة[٦] .

---

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) و (٦) هذا النص مستحدث .

مادة ٦٢ - اذا صادف المتعاقد فى تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية لم يكن فى الامكان توقعها عند التعاقد وتؤدى الى جعل تنفيذ العقد مرهقا كان له الحق فى تعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار[١] .

مادة ٦٣ - لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الأحكام الواردة فى المواد ٥٩ ، ٦٠ ، ٦١ ؛ ٦٢ ، من هذا القانون[٢] .

مادة ٦٤ - للجهة الادارية أن تنهى العقد فى أى وقت تشاء دون وقوع خطأ من المتعاقد اذا اقتضى ذلك الصالح العام ، بشرط تعويض المتعاقد تعويضا كاملا[٣] .

مادة ٦٥ - ينتهى العقد الادارى بتمام تنفيذه أو بانتهاء أجله المتفق عليه عند ابرامه .

كما ينتهى باتفاق الطرفين أو بهلاك محل العقد أو بحكم قضائى أو بقرار من الجهة الادارية فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين ٤٦ ، ٦٤[٤] .

---

(١) و (٢) و (٣) و (٤) هذا النص مستحدث .

ملحـــوظة :

لقد احتوى هذا المؤلف على بعض أخطاء مطبعية أدت أحيانا الى أخطاء لغوية أو نحوية ، ولكنها من الوضوح بحيث لا تخفى على فطنة القارىء .

الفهـــرس

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثانى : كيفية ابرام عقود الادارة

الباب الثالث : سلامة وبطلان العقود الادارية

صفحة

القسم الثالث : الالتزامات التى تتولد عن العقود الادارية

الباب الأول : الأسس العامة التى تحكم آثار العقود الادارية

الباب الثانى : التزامات المتعاقد وسلطات الادارة فى مواجهته

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

ملحـــق

صفحة

للمؤلف(1)

١ ـ نظرية التعسف فى استعمال السلطة ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٩٧٦ ، (وقد ظفر الأصل الفرنسى للمؤلف بجائزة الرسائل من كلية الحقوق بجامعة باريس سنة ١٩٥٠) .

٢ ـ القرار الادارى أمام مجلس الدولة والمحاكم القضائية سنة ١٩٥٠ (نفد)

٣ ـ القانون الدستورى بالاشتراك مع المرحوم الدكتور عثمان خليل ، الطبعة الرابعة سنة ١٩٥٥ (نفد)

٤ ـ نشاط الادارة العامة ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ (نفد)

٥ ـ مسئولية الادارة عن أعمالها غير التعاقدية ، الطبعة الرابعة سنة ١٩٥٧ (نفد)

٦ ـ تنظيم الادارة العامة ، الطبعة الأولى، سنة ١٩٥٥ (نفد)

٧ ـ النظرية العامة للقرارات الادارية ، الطبعة السادسة سنة ١٩٩١

٨ ـ مبادىء القانون الدستورى ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٦٠ (نفد)

٩ ـ مبادىء علم الادارة العامة ، الطبعة السابعة ، سنة ١٩٨٧

١٠ ـ التطور السياسى للمجتمع العربى ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦١

١١ ـ القضاء الادارى (وقد ظفرت الطبعة الأولى منه بجائزة الدولة للقانون العام سنة ١٩٥٦) .

١٢ ـ الوجيز فى نظم الحكم والادارة ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٢ (نفد)

١٣ ـ ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ بين ثورات العالم ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٥ .

١٤ ـ السلطات الثلاث فى الدساتير العربية المعاصرة وفى الفكر السياسى الاسلامى ، الطبعة الخامسة سنة ١٩٨٦ .

١٥ ـ الوجيز فى القانون الادارى ، سنة ١٩٨٤ .

١٦ ـ الوجيز فى القضاء الادارى ، طبعة سنة ١٩٨٤ .

---

(1) تقتصر هذه القائمة على المؤلفات القائمة بذاتها ولا تشمل البحوث التى نشرت فى المجلات العلمية المتخصصة ـ مصرية وأجنبية ـ وهى عديدة .

١٧ ــ الوجيز فى القانون الادارى ، سنة ١٩٩١

ــ الكتاب الأول قضاء الالغاء ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٥

ــ الكتاب الثانى قضاء التعويض ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٥

ــ الكتاب الثالث قضاء التأديب الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٦

١٨ ــ عمر بن الخطاب وأصول السياسة والادارة الحديثة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية سنة ١٩٧٦ ٠

مبادىء علم الادارة العامة ، الطبعة السابعة ، سنة ١٩٨٧

٢٠ ــ المطول فى القانون الادارى :

ــ الكتاب الأول : سنة ١٩٧٧ ٠

ــ الكتاب الثانى : سنة ١٩٧٩ ٠

ــ الكتاب الثالث : سنة ١٩٧٩ ٠

٢١ ــ العقود الادارية ، الطبعة الخامسة ، سنة ١٩٩١

٢٢ ــ الجريمة التأديبية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٧٥ ٠

٢٣ ــ النظرية العامة للقرارات الادارية ، الطبعة السادسة ، سنة ١٩٩٠ ٠

